COMMENTARIUS AD D. JUSTINIANI INSTITUTIONUM IMPERIALIUM IN 4. LIBROS, A JOAN...

Johann Georg Kees



COMMENTARIUS
AD
D. JUSTINIANI
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
IV. LIBROS,
A

JOAN. GEORGIO KEES
J. U. D. AULÆ, ET JUDICIORUM ADVOCATO,
Reverendissimi & Celsissimi D. D. S. R. I. Principis & Episcopi VIENNENSIS *Consiliario Consistoriali, nec non incliti Reverendissimorum & Amplissimorum Inferioris Austriæ D. D. Prælatorum status SS. Canonum Professore, compositus:*

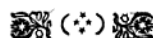
ET IN ANTIQUISSIMA AC CELEBERRIMA Universitate VIENNENSI studiosæ Legum Juventuti in Privatis Collegiis expositus.

EDITIO OCTAVA,

MULTIS A MENDIS REPURGATA, ET IN QUA omnia, quæ in prioribus germanice scripta occurrebant, continuo latinæ orationis stilo, in gratiam exterorum adornata sunt.

CUM APPENDICE

Continente modum legendi & scribendi citationes utriusque Juris.





COLONIÆ ALLOBROGUM,
Sumptibus MARCI-MICHAEL. BOUSQUET & Socior.

MDCCLIX.
Cum Privilegio Sacræ Cæsareæ Majestatis.

PRIVILEGIUM.

NOS FRANCISCUS *Divina favente Clementia Electus Romanorum Imperator, semper Augustus, ac Germaniæ & Hierosolymarum Rex, Dux Lotharingiæ & Barri, Magnus Hetruriæ Dux, Princeps Carolopolis, Marchio Nomenei, Comes Falckensteinei &c. &c. Agnoscimus & notum facimus tenore præsentium universis, quod, cum Nobis* Marcus-Michael Bousquet, *ejusque socii, humillimè supplicarint, quatenus Privilegium Impressorium super* Georgii Keesii, *Opus ad Instituta in quarto à Nobis sub dato decima tertia Octobris anno millesimò septingentesimò quadragesimò nonò ipsis ad decennium concessum, ad alios decem annos à Lapsu priorum prorogare clementissimè dignaremur: Nos submissæ pariter ac æque eorum petitioni annuendum censuerimus. Ac proinde Authoritate Nostrâ Cæsareâ omnibus & singulis Bibliopolis, Bibliopegis, Typographis, ac aliis quibuscunque rem librariam seu negotiationem exercentibus firmiter inhibemus, vetamus, & interdicimus, ne quis suprà nominatum Keesium ad Instituta sub hoc aliove titulo per ulterius decem annorum spatium à Lapsu priorum computandum intra Sacri Romani Imperii fines recudere, vel aliis recudendum dare, aliorsumve impressum apportare, vendere, vel distrahere citra præfatorum Impetrantium eorundemque hæredum ac successorum voluntatem & assensum in scriptis obtentum ausit vel præsumat: Si quis verò secus faciendo Privilegium hoc nostrum seu Interdictum violare, contemnereque præsumserit, eum non solum ejusmodi Exemplaribus, ubicunque Locorum repertis, perperam quippe recusis seu apportatis: quæ dictus* Marcus-Michael Bousquet, *ejusque socii, sive propria authoritate, sive Magistratûs illius Loci auxilio sibi vindicare poterunt, de facto privandum, sed & quinque marcarum auri puri pœnâ ærario seu fisco Nostro Cæsareo & parti Læsæ ex æquo pendenda omni spe veniæ sublatâ mulctandum decernimus, dummodo tenor hujus Nostri Privilegii in fronte Libri impressus reperiatur, & consueta quinque Exemplaria Consilio Nostro Imperiali Aulico exhibeantur. Mandamus itaque omnibus & singulis, Nostris & Sacri Romani Imperii subditis & fidelibus dilectis tam Ecclesiasticis, quam sæcularibus, cujuscunque status, gradûs, dignitatis, aut ordinis fuerint, præsertim verò iis, qui in Magistratu existentes, vel suo, vel superiorum suorum Loco aut nomine jus, justitiamque administrant, ne quemquam Privilegium hoc Nostrum Cæsareum violare, spernere, aut transgredi patiantur, sed si quos contumaces compererint, constitutâ à Nobis mulcta eos puniri, & quibuscunque modis idoneis coerceri curent, quatenus & ipsi gravissimam Nostram Indignationem prædictamque pœnam evitare voluerint. Harum testimonio Literarum manu Nostra subscriptarum & sigilli Nostri Cæsarei Appressione munitarum, quæ dabantur Viennæ die septima Novembris Annò millesimò septingentesimò quinquagesimò octavò, Regni Nostri decimò quartò.*

FRANCISCUS

Ut Comes Colloredo.

(L. S.)

Ad Mandatum Sac. Cæs. Majestatis proprium. *Matth. Willhemus Nob. D. de Haan.*

persona, in singulari; quia unus tantùm in Imperii Romano-Germanici caput eligi solet, & debet. Constat tamen olim duos veros Imperatores simul regnâsse; ubi Imperium erat Diarchicum; sic testatur Julius Capitolinus, Marcum Antoninum, Philosophum, & Verum Antoninum pari majestate imperâsse. Schamb. *Inst. Proœm. pag.* 3. Sic Marcus Aurelius, & Ælius Verus duo Imperatores, Augusti nomine insigniti, imperium habuerunt commune. Petav. *Rationar. temp. part.* 1. *lib.* 5. *cap.* 8.

Dicitur *habilis*: Consistit verò illa habilitas primo *in natura*; ut videlicet sit mas & mentis compos, non monstrosus, non languidus: Quoad ætatem, nulla est determinata; sic uti meminerunt Historiæ, Otto III. ætatis anno undecimo; Henricus III. duodecimo; Henricus IV. octavô; Carolus V. decimo nono: sic & Carolus VI. victoriosus Augustissimus nunc imperans Dominus, Dominus noster Clementissimus, natus An. 1684. Kalend. Octobr. Qui post obitum Josephi I. Augustissimi sui Germani in hæreditarias provincias Barcinone ex Hispanis evocatus, illa ipsa die, qua 1711. Iduum Octobr. Mediolani advenit: fuit à congregatis Imperii Electoribus, eorúmque Legatis Francofordiæ Rex Romanorum electus; ibidemque Prid. Iduum Decemb. ejusdem autumni Romanorum Imperator, dum annum ageret septimum, & vicesimum, coronatus est. 3

Secundò *in genere*: Ut nempe sit legitimo thoro genitus illustris, Germanus. Et quamvis Bodinus *lib.* 1. *de Republ. cap.* 9. modicus defendat: Imperium Romanum traslatum in Gallos ex Caroli Magni persona, qui ex Carolo Martello, Francorum, seu Gallorum Principe natus erat; vel saltem Gallos non esse exclusos dignitate hac Imperiali, nec active, nec passive. Verior tamen est sententia, quam cum omnibus JCtis Germanis tenet vir celeberrimus Arth. Duck. *de Author. jur. civil. Rom. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 2. ubi ait ita: Imperii Occidentalis jus relictum est Germanis, inter quos septem viri Imperatores electionis jure constituerunt, quod continuo usu, & consuetudine inductum, per auream Caroli Quarti Bullam postea confirmatum est, & ex eo jure Imperatores Romano-Germanici hodie designantur. Qui *num.* 3. & *seqq.* testem allegat Pontificem Innocentium III. cujus verba ita sonant: Romanum Imperium in persona Caroli Magnifici à Græcis in Germanos fuit translatum. *Cap. Venerabilem.* 34. ✕ *de Elect.* & *Elect.* Item Clementis V. Constitutionem *un. de jurejur. in prin.* Pro qua sententia facit, quæ habentur *cap. Ne pro defectu* 41. *in fin.* ✕ *de elect.* nimirum Ecclesiæ vacanti providendum in electione de persona idonea ex ejus gremio. Unde fit, quòd in recessibus passim 4

passim nuncupetur *das Heilige Römische Reich Teutscher Nation.* Habetur autem Germanus tantùm is, qui ex sanguine immediatè Germano est ortus, etsi non sit natus in Germania. *Arg. L. 6. §. 1. ff. ad Municip.* & *L. 7. Cod. de Incol. lib.* 10. Sic Fridericus Secundus in Sicilia quidem lucem aspexit, & tamen quia patrem habuit Henricum Sextum Imperatorem Germanum, ad Imperium fuit evocatus.

5 Tertiò *in professione* sit fidelis, id est sit Religionis Catholicæ Romanæ; quod ipsum fatetur Justinianus *L. Inter claros. Cod. de SS. Trinit. cit. cap. Venerabilem.* Facit, quòd electus in Regem Romanorum præter cætera capitula, quæ juratò promittit, primò juret, se utpote primum advocatum velle defendere Sedem Apostolicam Romanam: uti videre est in Capitulatione electi Augustissimi Caroli VI. *in prin.* Et id ipsum virtualiter exigit Aurea Bulla *cap.* 2. §. 3. ubi continetur formula juramenti præstandi ab Electoribus, ejusque Nuntiis in Electione Regis Romanorum: Carolus Quartus enim, constituendo communem hanc juramenti formulam, abundè innuit, eligendum in Regem Romanorum debere esse fidei Catholicæ Romanæ. Siquidem Electores Ecclesiastici nullum judicabunt idoneum, nisi simul sit Ecclesiæ Romanæ fautor. Item jubet, Missam priùs decantari, eum in finem, ut ipse Sanctus Spiritus corda Electorum illustret, & eorum sensibus lumen suæ virtutis infundat, quatenus ipsi tanto fulti præsidio eligere valeant hominem justum &c. *d. cap.* 2. §. 1. Jam nequaquam id evenire potest, ut Sanctus Spiritus sensibus Electorum infundat, ut eligant in Regem Romanorum, futurumque Imperatorem, virum à fide Apostolica Romana alienum. Facit & juramenti formula, quam & Vitriarius *lib.* 1. *Inst. Jur. Publ. tit.* 8. *n.* 2. *vers. Ante*, recitat.

6 Quartò, *in Virtute* sit pius, justus, bonus, utilis *d.* §. 1. habeatque cæteras ad tam Augustum Regimen virtutes. Schamb. *Proœm. Inst. pag.* 4. Dixi in definitione: *secundùm leges fundamentales*: id est, conformiter Imperii Romano-Germanici Constitutionibus hac super materia latis; qualis est Aurea Bulla. Dixi *ab Electoribus*, seu à Collegio Electorum; quod roboratum, & confirmatum est per Auream Bullam *cap.* 4.

7 Quis autem hos Romano-Germanici Imperii Electores & Proceres instituerit, variant authores. Nam ut dictum *num.* 4. Arth. Duck. vult Imperium Romano-Germanicum esse electivum, usu & consuetudine. Besoldus *de jur. publ. p.* 1. *c.* 6. dicit, illud esse factum electivum ab Ottone III. liberis carente; quod tamen sub Ottonibus erat successorium.

Schamb.

Schamb. *cit. pag.* 4. Qui plura ſcire cupit, conſulat Struvium *Hiſtor. jur. cap.* 10. §. 13. & *ſeqq.* Certum eſt Collegium hoc Electorale eſſe perantiquum. Nam & de eo Innocentius III. S. P. jam fecit mentionem A. Chriſti 1208. *Cap. Venerabilem* X *de Elect.* &c.

Initio erant ſeptem, creati ex potentioribus Germaniæ Principibus; 8
tres Eccleſiaſtici, nimirum Archiepiſcopus Moguntinus: Trevirenſis, & Colonienſis: Et quatuor laici, nempe Rex Bohemiæ, qui utpote Regia Majeſtate inſignitus, meritò inter Electores laicos obtinet primatum; palatinus Rheni, in cujus locum ſuffectus eſt Dux Bavariæ; Dux Saxoniæ, & Marchio Brandenburgenſis. Aurea Bulla *cap.* 4. §. 4. Electorum ſinguli habent certa ſibi deſignata Imperii Archi-Officia: Sic primus eſt Archi-Cancellarius per Univerſam Germaniam; Secundus Archi-Cancellarius per Galliam, & Regnum Arelatenſe; Tertius Archi-Cancellarius per Italiam; Quartus eſt Archi-Pincerna; Quintus Archi-Dapifer; Sextus Archi-Mareſchallus; Septimus Archi-Camerarius. Quo autem tempore hæc Archi-Officia cœperint, incertum eſt. Cæterum quatuor Electores laici ſuos habent ſubofficiarios: Sic Dux Bohemiæ ſubofficiarium habet de Limburg, qua familia jam extincta, hodie Comitem ab Altann: Secundus habet hodie Dominum de Waldburg, extincta familia Nortenbergiana; Tertius Comitem de Pappenheim; Quartus Comitem de Falkenſtein; Hodie Comitem de Hohenzollern. A. B. *Cap.* 26. §. 6. Quod ſi verò Electores ſint præſentes in Curia Imperiali, ipſi miniſtrare debent. *d.* §. 6. Electorum numerus, eorumque Archi-officiorum ſequentibus verſibus comprehendit Martinus Polonus:

Moguntinus, Treverenſis, Colonienſis,
Quilibet Imperii ſit Cancellarius horum
Et Palatinus Dapifer, Dux porritor enſis,
Marchio Præpoſitus Cameræ, Pincerna Bohemus.
Hi ſtatuunt Dominum, cunctis per ſæcula ſummum.

Septemvirale hoc Collegium duravit uſque ad An. 1648. Quo regnan- 9
te Auguſtiſſimo Ferdinando III. Electoralem dignitatem recuperavit Palatinus Rheni, in cujus locum ſuffectus erat Dux Bavariæ uti *ſupr. n.* 8. Non tamen propterea Dux Bavariæ dignitate hac Electorali excidit: Ecce octavum Imperii Romano-Germanici Electoratum, in perſona Domini Caroli Ludovici, Palatini Rheni, dicto anno, die 24. Octobr. inſtrumento Pacis Oſnabrugenſis, renovatum; Eſtque Imperii Archi-Theſaurarius; ſubofficiarium habet Comitem de Sinzendorff. Tandem anno

1692.

1692. 19. Decembr. in persona Ernesti I. Ducis Hannover. creatus fuit nonus Electoratus; cujus filius Georg. Ludov. 7. Sept. 1708. in Collegium Electorum, extincto patre, fuit introductus, imperante Augustissimo Josepho I.

10 Electus ad Imperium Romano-Germanicum coronabatur olim triplici corona. Primo ferrea, ut ostenderetur fortitudo; Hanc ipsi imponebat Aquisgrani Archi-Episcopus Coloniensis. Secundo argentea, ad ostendendum animi candorem, in Principibus requisitum: Eam ingressus Italiam recipiebat ex manibus Archi-Episcopi Mediolanensis. Tertio aurea, ad denotandam Imperii excellentiam: Namque sicut aurum præstat cæteris metallis; ita Imperialis splendor omnes reliquos & Principes antecellit: Hac Romæ coronabatur à Papa. Hodie vero una tantum eaque clausa coronatur, & quidem olim à Moguntino: Quod jus Coloniensis Archi-Episcopus, eo quod Aquisgranum, Coronationis locus, in Coloniensi Ditione situs esset, sibi dein attribuit; & per A. B quoque ipsi fuit confirmatum. Utroque Archi-Episcopo de hoc jure multum disceptante; lis sequenti transactione fuit sopita: ut, si Imperator sit in Ditione Coloniensi coronandus, coronationem peragat Coloniensis; si in Moguntina, Moguntinus; si in neutrius, alternare debeant. Vitriarius, *Inst. jur. publ. lib. 1. tit. 8. n. 2. vers. Tandem.* Rotunda & clausa est corona illa, in summitate gerens mundi figuram, ut denotetur Imperium esse præcipuum totius orbis regnum. Schamb. *Inst. Proœm. pag. 5.*

11 Redeamus jam ad nostram Procemii epigraphen, quæ ultro habet, *Cæsar:* Nomen hoc mutuavit Justinianus à Julio Cæsare, qui ita appellatus ob oculos cæsios, quos habuit, vel à cæsarie, cum qua natus: vel ex eo, quod cæso matris utero natus sit; Quæ postrema ratio a pluribus approbatur. Post Julium Cæsarem nomen hoc primo transit in Octavianum una cum Julii Cæsaris hæreditate; dein designare cœpit spem & sponsionem Imperii: Sic legimus Titum, & Domitianum Vespasiani filios fuisse in ipsa patris creatione *Cæsares* à Senatu compellatos; cum nomen hoc a Senatu nullus obtineret, nisi Imperatoris filius esset naturalis, aut adoptivus; ut sic nactus favorem Prætorianorum, utpote ex Augusti familia, facilius post patris obitum nomen Augusti sortiretur, quo plena & perfecta dignitas, & potestas Imperatoria intelligebatur. Hæc Cæsaris dignitas etiam ab aliquibus Imperatoribus filiis tributa fuit. Gravin. *de Rom. Imp. num.* 33. Ad horum exemplum, & hodiernis moribus *Cæsarem* nominamus eum Principis filium, qui designatus est Majestatis successor,

cessor, qualem in Germania vocamus *Regem Romanorum*, in Gallia *Delphinum*, in Hispaniis *Asturiarum principem* &c. vid. Hop. *Proœm. Inst. pag.* 4.

Flavius: Et in hoc dissident authores; Nam aliqui volunt, eum fuisse 12
ortum ex nobili familia Flaviorum: Ast his contrariatur Ægidius Perinus qui scribit, Justinianum fuisse natum ignotis & obscuris parentibus. Alii credunt eo, quod Flavios devicerit; Sed historia id non docemur. Probabilior est Mynsing. doctrina, qui ait, Imperatores Orientis solitos esse, nomen sibi hoc præponere ob Constantini Magni, nomine Flavii, memoriam. Schamb. *loc. cit. pag.* 6.

Alemanicus, *Gotthicus*, *Fransciscus*, *Anticus*, *Vandalicus*: Agnomina 13
hæc sibi adscivit a devictis hostibus, permulta enim habuit bella. *Pius*: Nomen hoc Imperatores participarunt ab Antonino Pio, uti testatur Justinianus, cujus verba sunt: Antoninus, Pius cognominatus, quo etiam ad nos appellatio hæc pervenit. *Novel. Ut Libert. de cætero aureo non indig. annul.* 78. *cap.* 5.

Felix; Qui non tantum in coercendis hostibus, sed etiam in firman- 14
do legibus Imperio felicem vidit successum. *Inclytus*, id est, rebus gestis Clarus, & Magnificus. *Victor*, ac *Triumphator*; nimirum ob plures victorias, & triumphos reportatos, de quibus videri potest Mynsing. *Inst. Proœm. Augustus* ab Octaviano: Hic enim rebus Populi Romani prospere gestis Imperatoris nomen ab initio assumpsit; ut vero tot nationum victor ab aliis mortalibus secerneretur, nolens Rex appellari, ne Regum memoria ipsi obesset, Augustus fuit a Senatu renuntiatus, quod vocabulum rebus sacris ac divinis usitatum erat; ut se Deorum quodammodo nomine tueretur. Tribus istis appellationibus nempe *Imperatoris*, *Augusti*, & *Cæsaris* exprimebatur in Octaviano rei militaris arbitrium, splendor dignitatis, & successio. Gravin. *de Ort. & Progress. jur. civil. n.* 105.

Vocabulum *Augustus* præcedit adverbium *semper*, quod non Justinia- 15
num, sed Fridericum I. præmisisse volunt authores. In Imperatoribus Romano-Germanicis appellatio hæc *Augustus*, derivatur ab augendo: Nam vi Capitulationum, quæ cum ipsis ineuntur, obligantur ad augendum Imperium, & ad revocandas partes alienatas. Hop. *Proœm. Inst. pag.* 4. Hinc se scribunt. *Allezeit mehrere des Reichs.*

Tandem concludit inscriptionem ita: *Cupidæ legum juventuti S. D.* 16
Ecce benevolo animo, & per modum Epistolæ familiaris, Justinianus tradidit suas Institutiones Imperiales cupidæ legum juventuti. Ex his verbis

colligitur, duo in studioso juris requiri; Primo, ut sit cupidus, & sedulus, non segnis, non laborum impatiens; sunt enim jura vigilantibus scripta *L. Pupillus* 24. *in fin. ff. Quæ in fraud. cred.* Secundo ut sit juvenis, quia juventus est plerumque senibus docilior; difficile enim est veterem hominem informare. *arg. L. Præcipiunt* 37. *ff. de Ædilit. Edict.* Non tamen propterea repellendi sunt senes a studio juris, pulchre enim Julianus *L. Apud. Julianum* 20. *ff. de fidei-commiss. Libert.* inquit: Etsi alterum pedem in sepulchro haberem septuagenarius, non tamen addiscere me pigeret. Sic Accursius jam quadragenarius se ad studium juris contulit, suoque labore, & industria effecit, ut advocatorum idolum appelletur. Gravin. *loc. cit. n.* 155.

17 Absoluta inscriptione transe mus ad ipsum Procemium, seu præfationem Institutionum; solent enim præfationes nos libentius ad lectionem propositæ materiæ perducere, & cum ibi venerimus; evidentiorem præstant intellectum, *L.* 1. *in fin. ff. de Orig. Jur.* Hoc præmisso Procemii principium ita sonat: *Imperatoriam Majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam.* Dum Imperator epitheton legibus conveniens attribuit armis, ostendere voluit, alterum alterius auxilio semper egere; siquidem tam militaris res Legibus in tuto collocata est, quam ipsæ leges armorum præsidio servatæ sunt *Præf. de Justin. Cod. confirm. in princ.* Hinc Imperator Constantinus ait, jura ultore gladio armari. *L. Cum vir.* 31. *Cod. ad leg. jul. de adult.* Est & elegans textus in *L. Advocati* 14. *Cod. de Advocat. diversf. judicior.* Inde arma & leges fraternizare dicuntur apud Besold. In duobus enim Principis institutum consistit maxime, in jure dicundo, & in populo ad bellum educendo, reducendoque, ut quem cives antea viderent justissimum, eundem in frangendis hostium ausibus experirentur potentissimum. Quæ: An ex eo, quod Imperator arma præmittat legibus, voluerit militibus aliquam dare prærogativam præ litteratis? vid. Hop. *Inst. Proœm. pag.* 5.

18 Proponitur & sequens quæstio: An igitur Justinianus officio suo recte sit functus; ℞. Affirmative: Probatur hoc syllogismo: Imperator armis decoratus, & legibus armatus recte fungitur suo officio; Atqui utrumque residebat iu Justiniano; Ergo recte functus est suo officio. Major desumpta est ex Procemii initio. Minor probabitur *seqq.* §. §. Schamb. *Proœm. Inst. pag.* 8.

19 Quare vero hæc duo conjunctim habere debeat Imperatoria Majestas: Rationes tres assignantur in textu; Prima, ut utroque tempore, tum pacis,

pacis, tum belli, recte possit Respublica gubernari. Secunda, ut Romanus Imperator non solum in hostilibus prœliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium, seu delinquentium iniquitates expellat, & quivis sciret, qualiter jus suum, non propria authoritate, persequi debeat. Tertia, ut non solum lætetur victis hostibus, magnificisque triumphis, sed & nomen mereatur Principis jurium religiosissimi. *vid. text. in prin.*

Observa, per Imperatoriam Majestatem intelligi posse quamvis Rempu- 20
blicam: Est autem Respublica, *Civium multitudo, rerumque inter eos communium, summa potestate, rectaque ratione, gubernata.* Ubi vides, materiam Reipublicæ esse homines cives, formam vero administrationem: finem, publicam felicitatem. Respublica triplex est Monarchica, dum suprema Majestas penes unum solum residet. Aristocratica, dum Reipublicæ gubernandæ clavum tenent plures; quos optimates, seu Ephoros vocare consuevimus. Democratica, seu Poliarchica, seu Anarchica, dum suprema illa potestas est penes totum Populum. Potestas illa suprema solam quærat publicam utilitatem; Cæteroquin, si primario respiciat commodum privatum, tum Monarchia deflectet in Tyrannidem; Aristocratia transibit in Oligarchiam; & Democratia vertetur in Ochlocratiam. Schamb. *Proœm. Inst. pag. 9.*

§. Quorum I.

Probatur jam minor syllogismi *n. 16.* positi, cujus prima pars osten- 21
ditur a devictis hostibus, & subjugatis rebellibus, Ditionique Romanæ adjectis. Secunda eruitur ex verbis finalibus §. Quæ sunt: Omnes vero populi (intellige a Justiniano devicti, & qui prius Romano Imperio jam erant subjecti) legibus tam a Nobis promulgatis quam compositis reguntur. Per leges *promulgatas*, intellige leges a Justiniano conditas, & editas, ab ipso vero Justiniano in ordinem redactas; Etenim teste Pomponio *L. 2. §. 2. in. fin. ff. de Orig. jur.* Alias leges componimus; ergo proprias promulgamus. Verum propositio hæc minor cum sua conclusione posset videri arrogans. Quapropter volunt Authores, eam non fuisse Justiniani mentem; quippe qui simili argumento id primario quæsivit, ut juris studiosis, quibus absoluto legali studio promittit provincias gubernandas §. *fin. Proœm.* ostenderet, quid Principi tunc suggerere debeant.

§. Et Cum II.

22 Continuatur probatio secundæ partis assumptæ; dicitque, quod sacratissimas Constitutiones ante confusas, & immensa veteris Jurisprudentiæ volumina in luculentam erexerit consonantiam; Ast de his tractat juris Historia. Ex qua juris Tyroni duo notanda occurrunt. Primum: Quod Imperator Justinianus, culmen Imperii Romani anno Christi 527. adeptus, gravissima etiam inter bella, miro ardore studuerit, jus Civile Romanorum in faciliorem, & breviorem ordinem redigere; atque id ipsum perfecerit. Secundum: Quod jus Civile Romanorum, authore eodem Justiniano, quatuor voluminibus, seu partibus (Digestis, Institutionibus, Codice Repetitæ Prælectionis, & Novellis) jam comprehendatur, quæ collective acceptæ, *Corpus Juris Civilis* appellari vulgo solent.

23 Occasione §. hujus quæritur: An in nostro corpore juris invenire sit antinomiam, seu textus formaliter, & directe sibi contrarios? Non diffitetur quidem ipse Imperator, nonnulla videri apparenter contraria. Nam postquam dixisset, se jus collegisse ex tantis myriadibus, subjungit: *In nullo aberare Divinæ utique solius, non mortalis est constantiæ L.* 1. §. 4. *L.* 2. §. 14. 26. *L.* 3. §. 13. *Cod. de Veter. jur. enucl.* voluntque non parvi nominis authores, in eo dari formales antinomias, Struv. *Hist. jur. pag.* 267.

24 Verum his obstat Justiniani authoritas, qui §. isto ait, a se omnia fuisse redactam in luculentam consonantiam. Quo facit *L.* 1. §. 8. *L.* 2. §. 15. *Cod. de tit.* Quod ipsum & vult Udalricus Zasius *Epist. ad Claudium Cantiunculum*, his verbis: Non nego complura in legibus offendi posse, quæ pugnantia primis oculis apparent, si tamen introspexeris, si ad medullam manus moliaris, jam propemodùm omnia tibi consonantia, concordia, & junctissime amica esse comprobantur: Et quæso, nonne in ipsis Evangeliis, & textibus sacræ Scripturæ, dari apparentes contrarietates experimur?

25 Non tamen erit abs re nutantibus proponere aliquot modos, quibus textus apparenter contrarii reconciliari valent. Igitur primo, uterque textus est perlegendus, totus, uti vult *l. Incivile* 24. *ff. de LL.* & videndum, au non ex uno alteroque verbo erui possit resolutio. Tali modo conciliatur *L.* 14. & *L.* 41. *in fin. ff. de contrab. empt.* Distinguendo videlicet inter auratum, & auro coopertum. Secundo juvabit conferre præcedentem & subsequentem legem, sive sint diversorum ictorum, sive ejusdem;

dem; Etenim compilatores Corporis juris non raro brevitatis causa, utramque respexerunt: tali modo explicatur *L. 6. in fin. & L. 7. de serv. export.* Tertio perquirendum est subtili animo an non inter textus apparenter contrarios sit diversa, ut specialis quædam decidendi ratio, prout anxie hortatur Justinianus *L. 2. §. 15. Cod. de Veter. jur.*

Quarto recurrendum est ad Ictorum loquendi morem. Sic Scævola locutus est pressius; id est, non ultro, quam rogatus fuit, dum *L. Qui Romæ 122. §. fin. ff. de V. O.* ait in casu ibidem proposito pœnam esse ipso jure commissam; Paulus vero locutus est, plenius, seu abundantius, dum in simili casu distinctione utitur *L. 12. §. 2. ff. de Pact. dotal.*

Quinto inspiciendum est, an forte textus unus loquatur de juris rigore, alter de æquitate. Exempla sunt *Rogasti 11. L. singularia 15. ff. de Reb. cred. L. & Qui negotia 34. in prin. ff. Mandat.* Priores enim leges loquuntur de juris rigore, posteriores de æquitate, seu benignitate. Sexto, videndum, an textus discrepantes non allegent diversorum Ictorum sectas; & tunc sectæ illius responso standum est, quod approbatum invenitur; vel si distinctione quadam combinentur, eandem acceptamus. Exemplum est §. 25. *Inst. de Rer. Divis.* Septimo, juvabit distinctio inter licitum, & honestum. Sic combinari debet *L. Qui jurisdictioni 10. ff. de jurisdict. & L. in privatis 77. ff. de Judic.* Octavo, facienda est distinctio inter lucrum, & damnum; & quæ distinctio maxime deservit materiæ de juris & facti ignorantia. Nono, considerari potest, an unus textus fundetur in jure ordinario, alter in jure speciali. Exempla habentur *Inst. lib. 2. tit. 1. §. 32. 33. & 34.*

Decimo discernendum est jus Civile, a jure Prætorio; jus enim Civile nonnihil denegat, quod concedit jus Prætorium. Sic filius emancipatus, a patre præteritus in testamento, nullum de jure Civili contra illud habet remedium, secus de jure Prætorio. Undecimo, explorandum, an in unam eandemque personam non cadat diversus respectus: adeo ut uno respectu sit ad aliquem actum habilis, altero inhabilis. Sic *L. 3. & fin. Cod. Qui legit. person. stand.* Statuitur, quod minor viginti quinque annis non possit stare in judicio; verum reperitur diversum *L. 23. ff. de Minor.* Dic, priores textus intelligendos esse in propria causa, alterum vero in negotio alieno: sic dantur textus, qui dicunt, filium-familias non esse habilem ad faciendum testamentum; alii hanc facultatem illi concedunt; dic textus asserentes intelligi debere de filiofamilias, volente testa-

 mentum

mentum facere, de peculio castrensi, aut quasi castrensi; negantes vero de peculio adventitio.

Duodecimo, quærendum, an unus textus loquatur generaliter, alter specialiter; & tunc generalis restringetur per specialem; regula enim juris est: species derogat generi. Non enim potest species sub genere comprehendi ob sui particularem rationem. Sic *L.* 1. *ff. de Eo, quod cert. loc.* Dicitur: is qui certo loco promisit debitum solvere, si illuc non perveniat, poterit, in alio loco conveniri; verba tamen hæc *in alio loco* accipienda sunt in sensu accomodo, si videlicet sit locus talis, in quo debitor contraxit, aut habet domicilium. *L. Hæres. absens.* 19. §. *fin. ff. de Judic.*

Decimo tertio indaganda est propria terminorum, quibus lex utitur, significatio; sunt enim termini ad res & loquentium mentem denotandam introducti; hinc tam in jure Civili, quam Canonico extat integer titulus de Verborum Significationibus. Qua observatione facile compones. *L. Naturalis.* 5. §. 1. *in prin. ff. de præscript. verb.* cum *L. fin. in prin. ff. de Condiction. caus. dat.* In priori lege dicitur; si tibi pecunias dedi, ut rem acciperem, est emptio, & venditio; Econtra in posteriore habetur: si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, non est emptio & venditio. Ecce in utroque casu datur pecunia pro re; & tamen in uno casu est emptio & venditio, in altero non est. Unde pro solutione termini cujusque legis attendi debent. Sic lex quinta ponit casum, ubi tibi pecunias dedi, ut rem acciperem; quare merito dicitur esse emptio, & venditio; hujus enim contractus natura est, ut emptor pecuniam det pro re sibi vendita trahenda. Econtra *L. fin.* continet casum, quo tibi pecuniam dedi, ut mihi stichum dares, quæ mutua datio propria est contractus Innominati, *do, ut des.*

Decimo quarto Examinandum, an textus quidem non loquatur dispositive, requirens aliquid de forma; alter vero tantum narrative, seu enuntiative, quo posteriore casu actus omne habebit robur; licet non fuerit observatum id, de quo lex facit mentionem. Sic ex *L. Divus.* 24. *ff. de test. milit.* non bene infertur, ad militis testamentum requiri, ut ad illud convocentur testes. Decimo quinto: scrutari oportet, an materia aliqua in textu quodam proponantur, tantum incidenter, an vero ex professo, tanquam ad proprium locum, ut sedem suam ordinariam. Nam si ICtus materiam aliquam proferat in certa quadam lege incidenter tantum, sufficit, si materia illa cum lege continente conveniat in aliquo tertio;

tertio; unde non erit licitum ab illo argumentari ad ſedem ordinariam; Hinc, eſt, quod leges illæ, quæ ſolum incidenter de quadam materia meminerunt, dicantur *fugitivæ.* Sic *L. fin.* §. *ff. de Bon. eor. qui ante ſentent. mort. ſibi conſciv.* ex profeſſo docet, puniendum eſſe eum, qui ſibi impias manus intulit: Econtra *L. 9. 7. ff. de Pecul.* dicit: licet ſervis naturaliter in ſe ſævire; Ergo, qui ſibi manus impias intulit, non eſt puniendus; cum pœnam non mereatur, qui lege permittente agit. Verum argumentum hoc ad ſedem ordinariam, qualis hic eſt *L. fin.* non procedit; In hac enim ICtus è profeſſo docet, quid cum illis faciendum, qui in ſe ſæviunt.

Plures modos ſolvendi antynomias apparentes ſuppeditabit tempus, & ſedulum ſtudium. Quod ſi nulla ſuperſit ratio conciliandi textus ſe collidentes, poſtremo recurrendum eſt ad juris correctionem, in qua ſequens regula ſervanda eſt: Poſteriores leges derogant prioribus, eſt enim voluntas poſterior magis deliberata, quam prior: dummodo in lege poſteriore fiat aperta correctionis mentio. Niſi textus prior & poſterior de eadem re prorſus contrarium ſtatuat, tunc poſteriori erit ſtandum, etſi in illo nulla fiat correctionis mentio. Exemplum eſt in *Cap. 1. de Cognat. Spirit.* Ratio eſt, quia cum Legiſlator omnia jura habeat in ſcrinio pectoris, *Cap. 1. de Conſt. in 6.* ideo condendo legem poſteriorem contrariam priori, hanc videtur tollere voluiſſe. Valens. ✕ *de Conſt.* §. *2. n. 4.* Ne legiſlator contraria jura admittere videatur.

Not. Dum Imperator hic immenſa illa veteris Juriſprudentiæ volumina vocat opus deſperatum, dicere vult, quod ante ipſum multi jam tentaverint eam in unum corpus contrahere, ſed illum non impleverint; quos videre eſt. *Can. fin. Diſt. 7.*

§. Cumque 3.

Poſtquam Digeſta eſſent compoſita, convocavit Juſtinianus primores 27
Juriſconſultos, quos inter præcipui fuere Illuſtres, Tribonianus, Theophilus, & Dorotheus; Horum enim virorum ſolertiam, legum ſcientiam, & circa Imperialium juſſionum executionem, promptitudinem; Juſtinianus multifariam ſibi perſpectam habuit; iiſdemque ſpecialiter mandavit, ut ſuaſi authoritate Imperiali Inſtitutiones componerent.

Finem autem Juſtinianus habuit ſequentem: ut juris Auditores prima 27
legum cunabula non ab antiquis fabulis, ſed ab Imperiali ſplendore appeterent. Multa enim antiqui fabuloſa, ænigmatica, & ſuperſtitioſa docebant;

bant;

bant, quibus animi juvenum, qui ad primam venerunt legum audientiam perterrebantur, aut superflua, & inutilia docebantur. *L. un. Cod. de Nud. jur. Quirit.* Alii per verba illa, *ab antiquis fabulis*, intelligunt librum a Sexto Ælio compositum, qui liber inscribebatur *Tripertita*; siquidem in eo tria continebantur; Nimirum leges XII. Tabb. earum interpretatio, dein subtextæ erant earum legum actiones. Pomp. *L. 2. 38. ff. de Orig. jur.* Qui liber *Tripertita* jurium cunabula comprehendens, inchoantibus tradebatur; Verum Justinianus studentium animos tanto honore, & felicitate dignatus est, ut voluerit eos studiis Legalis, initium, & finem satiùs a voce Principali haurire. *t. h.*

28 Sed & perutiles profectò studiosæ juventuti sunt hæ Institutiones ex ratione; quia ante Justinianum studiosis jurium non prius explicabantur Constitutiones Imperatorum, nisi emensi essent quadriennium, uti dicetur *in fin. Proœm.* Nunc autem Legale studium ordiuntur ab illis Constitutionibus; siquidem negari nequit, Institutiones has esse opus novum a Justiniano constitutum: præterea multi in iis inveniuntur paragraphi desumpti ex aliis novis Constitutionibus Justinianeis.

29 Illustres igitur erant tres illi Institutionum Compositores; solertia, legum scientia, & fide. Sed & *Antecessores* nominantur: quo vocabulo intelligimus Magistros seu Professores juris, quales illi erant; ita dicti, quod doctrina antecedendo, discipulos in jurisprudentiæ penetralia deducerent: Ii verò jurisconsulti, qui forum sequebantur, *Togati* appellari solebant. Tribonianus, qui cæteris erat dignitate superior, dicitur Magnificus, eo quod initio fuerit Quæstor Sacri Palatii; erant autem Quæstores, penes quos legum, & juris cura residebat. *Tot. tit. Cod. de Quæstor.* Dicebanturque *Custodes justitiæ*, Item dictabant leges, preces, & responsa, subnotabant. Schamb. *h. ex L. in Cod. de diverʃ. rescrip.* Exquæstoris nomen retinuit, ad instar Consulum, qui officio extinctò dicuntur Exconsules; nostra ætate Quæstorum vocabulo mutato eos vocamus *Cancellarios.*

§. IGITUR 4.

30 Traditur hic Institutionum definitio, quæ ita sonat: *sunt totius Legitimæ scientiæ prima elementa*: id est, sunt scientiæ juridicæ prima principia. Convertibilem hanc definitionem esse cum suo definito, minime dubitatur; nam instituere in genere dicit aliquem rudimentis, regulis, & præceptis in aliqua scientia, vel arte erudire: quod ipsum faciunt Institutio-

Institutiones Justiniani in studioso juris. Parum autem refert, sive opus hoc voces Institutiones, licet iste terminus sit nitidior, sive Instituta; quamvis Instituta, proprie loquendo significent mores. §. & *non Inst. de jur. N. G. & C.* Schamb. *h.*

§. In Quibus 5.

Non solum continent breviter, quod ante obtinebat, id est principia 31
juris, Constitutionum promulgatarum ante institutiones compositas verum etiam in iis nonnulla inveniuntur Imperiali remedio illuminata. Quapropter scrupulositates, ambages, & superstitiones, inceperant aboleri. Exemplum est. *Inst. de successión. subl.*

Comprehenduntur quatuor libris, quæ divisio sane est arbitraria, vel 32
metaphorica, ad exemplum quatuor elementorum naturalium; ars enim imitatur naturam. *Arg.* 4. §. *de Adopt.* Cui simile quid invenitur *Cap.* 8. ✕ *de Consang.* Considerata tamen triplici juris materia, de qua *Instit. tit.* 2. §. *fin.* commodius egisset Tribonianus, si Institutiones has tribus solum libris constrinxisset, uti opinatur Hop. *h.* Ratio vero, cur Justinianus eas componi mandaverit, est sequens: Ut juvenes hoc beneficio colorati, hisce quasi primitiis omnis legalis materiæ imbuti, possint ad penetralia ejus intrare, & formam legum pulcherrimam, non conniventibus oculis accipere; & ita suffulti possint graviora & perfectiora legum scita sustentare: secus evenire opus foret, ut ad portandam tantæ sapientiæ molem inidonei juvenes, vacillantes in ipsis legum vestibulis concidant. *Præfat.* 2. *ff.* §. 11.

§. Quas 6.

Quatuor hi Institutionum Imperialium libri compositi fuere ex com- 33
mentariis omnium Jurisconsultorum, qui ante Justinianum prima legum rudimenta induxerant, quos libros ipsi quoque Institutiones vocabant. *d.* §. 11. 11. in verbis: *Mandavimus, quatenus libris, quos veteres composuerunt, qui prima legum argumenta continebant, & Institutiones vocabantur &c.* Præcipue vero decerptæ sunt ex commentariis Institutionum Caji ICti, & rerum quotidianarum, id est ab experientia rerum magis vulgatarum, & practicatarum: Qui floruit sub Hadriano uti eruitur *L. utrum* 7. *ff. de Reb. dub.* Schamb. Hop. *h.*

34 Dices: Sub Hadriano vixit Cajus; ergo non poteſt Juſtinianus in *hoc* §. & §. 5. *Inſt. de Publ. jud.* dicere *Caji noſtri;* ſiquidem Juſtiniani temporibus Cajus jam erat mortuus. ℞. Id fieri benevolentiæ cauſa, eo quod Juſtiniani Inſtitutiones præcipue ex commentariis Caji ſint compoſitæ.

Eas autem ipſe Juſtinianus, ſibi a tribus iis Compoſitoribus oblatas *legit, recognovit*, & *pleniſſimum ſuarum Conſtitutionum robur eis accommodavit*, dicit, ſe eas legiſſe. & recognoviſſe: Unde errare videtur Suidas, qui Juſtinianum dicit, nec elementarium, ſed analphabetum fuiſſe: Nonnulli ſcribunt eum ideo analphabetum fuiſſe dictum; Quia nimium volens ſapere, deſipuit. Etenim poſtquam Calcedonenſe Concilium approbaſſet, in quo hæreſis Eutychiana, quæ verbi Dei & carnis unam eſſe naturam, docebat, damnata fuit, in eam tamen lapſus, & inſtigante præſertim Theodora ſua Auguſta & Triboniano An. Ch. 563. Imperii ſui 37. relapſus eſt. Schamb. *hic.*

Dices: Inſtitutiones has compoſuerunt tres illi viri Illuſtres: ergo non poſſunt dici Inſtitutiones Imperiales. ℞. Compoſuerunt authoritate privata, nego: Authoritate publica, concedo antecedens. Adeoque idem eſt, ac ſi ipſe Juſtinianus eas compoſuiſſet; *Omnia enim Princeps facit ſua, quibus authoritatem ſuam impertitur. Præf.* 1. *ff.* §. 6.

§. Fin.

35 §. 1. & 2. probavit Juſtinianus propoſitionem minorem, videlicet, ſe eſſe & legibus armatum, & armis condecoratum: ideoque inferre ita deberet: Ergo ego Juſtinianus recte fungor meo officio. Verum illatio hæc videretur arrogans: Quare pro Coronide Proœmii potius hortatur ſtudioſos, ut alacri animo ad Jura incumbant; ſeque dignos faciant, ut perfecto Juris curſu, mereantur, Reipublicæ partes, ſibi credendas, gubernare; *text. h.* Ut ſic eos maximum decus in omne ſæculum ſequatur. *Præf.* 1. *ff.* §. *fin.* Ultima verba, litteris tantum initialibus expreſſo, plene hæc denotant: Data Conſtantinopoli, IX. Kalendas Decembris, Domino Juſtiniano Perpetuo Auguſto, tertium Conſule.

36 Occaſione proœmii lubet, ſequentes ponere quæſtiones: Prima, cum Imperator Juſtinianus ſuis Inſtitutionibus; & aliis nonnullis Conſtitutionibus præmittat Nominis Divini invocationem; an ea ſit de ſubſtantia alicujus inſtrumenti? Prænot. Inſtrumentum eſſe *ſcripturam, qua negotium aliquod geſtum* v. g. Teſtamentum contractus &c. *facilioris probationis cauſa, continetur.* Aliud eſt publicum, confectum nimirum authoritate publica. Aliud pri-

privatum, quod authoritate privatorum eſt compoſitum. ℞. Invocationem Nominis Divini non eſſe de validitate inſtrumenti tum publici, tum privati. Probatur: Erubeſcit Juriſconſultus abſque lege expreſſa, aut bona ratione loqui; atqui nulla eſt expreſſa lex, nec quæ ad inſtrumentorum validitatem requirat hanc invocationem; ergo neque nos eam exigere debemus; Etenim ſi ſolemnitas hæc inſtrumentis foret neceſſaria, extaret præceptum; ſicus extant præcepta circa alias inſtrumentorum ſolemnitates.

Obji: *Novell.* 47. *cap.* 1. quæ habet: Inſtrumentum inchoetur authore 37
Deo; ergo datur tale præceptum. ℞. con. ant. ne. conſ. Etenim Juſtinianus loquitur tantum enuntiative: ut oſtenderet, invocationem eſſe actum pium, decentem, religioſum; Non vero verba illa profert diſpoſitive, ſeu præceptive; quod ipſum ex eo patet; quia dum Imperator Inſtrumenti formulam ibi ſubnectit, ipſe invocationis hujus non meminit.

Obji: 2. de validitate inſtrumentorum eſt, ut opponatur nomen Impe- 38
ratoris regnantis, Conſulis, annus, & dies; Ergo a fortiore debet iis præmitti invocatio nominis Divini. ℞. con. ant diſt. conſ. idque de honeſtate, decentia, & pietate, con. Idque de inſtrumenti ſolemnitate, ne. conſ. Diverſitatis inter hunc & priorem caſum eſt, ut facilius per appoſitionem nominis Principis regnantis, Conſulis, anni, diei, facta temporis combinatione, eruantur fraudes, quæ in inſtrumentis perſæpe intervenire ſolent; ubi e contra his omiſſis, ex ſola nominis Divini imploratione, eæ non detegerentur commode; eſt enim Deus ab æterno.

Atque ad Juſtiniani imitationem Carolus M. quem omnes Chriſtiani 39
Principes ſequuntur, ſaltem per modum gratiarum actionum, præmittit ſuis Conſtitutionibus invocationem Divinam hac v. g. formula: Carolus Dei gratia, aut Divina favente Clementia, Romanorum Imperator. Solent autem verba illa Dei gratia, aliquando præponi nomini Principis v. g. Dei gratia Carolus Romanorum Imperator, prout moribus in hoc, aut illo loco eſt receptum.

Quæſt. 2. Cum, uti liquet, corpus Juris conſtet quatuor partibus: Di- 40
geſtis, Inſtitutionibus, Codice Repetitæ Prælectionis, & Novellis, in concurſum horum jurium, quale derogabit alteri? ℞. I. certum eſt, Novellas præferri cæteris juris partibus, eo quod ſint jus poſtremum; ut merito ſubintret regula: poſteriora derogant prioribus; Eſt enim poſterior voluntas deliberata & enixa magis: ſic *Novell.* 18. quæ de augmento legitimæ agitur, derogat Digeſtis, Inſtitutionibus, & Codici Repetitæ Prælectionis. Modo uti notavi ſupra *n.* 25. *in fin.* pateat de voluntate Legiſlatoris, quod corrigere priora poſterioribus voluerit.

† † † 2 ℞.

41 ℞. Secundo: Idem esse observandum circa Digesta, & Codicem Repetitæ Prælectionis. Nam Constitutiones omnino novæ, & quinquaginta Decisiones Justinianæ derogant Digestis.

42 ℞. Tertio; Etsi Institutiones, compositione sint posteriores, non tamen derogant digestis. Ratio est, quia Digesta, & Institutiones una die vim & robur obligandi acceperunt. ergo inter hæc duo jura non datur prius, nec posterius; Præterea ad hoc, ut jus posterius derogat priori, requiritur, ut jus posterius sit priori contrarium; Atque nec dici potest, quod hæc duo jura sibi sint contraria; siquidem Institutiones, utpote pleraque sui parte, desumptæ ex Digestis, sunt quidem Digestorum elenchus: ergo non possunt esse Digestis contrariæ; etsi Institutionum paragraphi, utpote succincti, sui interpretationem ex Digestis non rarò exigant. Exemplum occurret *de Rer. Div.* Qui profectò supplendus est. *L.* 7. §. 7. *ff. de Aquir. Rer. Dom.*

43 Limitatur conclusio, nisi ad Institutiones aliquid esset relatum ex nova Justiniani Constitutione, aut quinquaginta Decisionibus: tunc enim, quemadmodum illæ Constitutiones, & Decisiones derogant Digestis, ita Institutionum paragraphi Digestis præferendi sunt. Sic §. 2. *Inst. de Adopt.* desumptus ex *L. pen. Cod. eod.* derogat legibus Digestorum in materia adoptionis. Cæterum facile est distinguere, quando paragraphus Institutionum desumptus est ex nova quadam Constitutione, aut Decisione; Etenim ipse paragraphus novæ Constitutionis, aut Decisionis meminit. Dari autem tales paragrahos in Institutionibus, colligitur *Præf.* 2. *ff.* §. 11. *verf. Admonuimus.*

44 Not. I. Digesta continent titulos, leges, paragraphos, & versiculos; allegantur vero per litteram D. P. aut per Gracum π,ω̃. aut per *ff.* quod postremum signum usitatum est. Institutiones continent titulos, paragraphos, & versiculos, allegantur simplici. I. aut *Inst.* Codex repetitæ prælectionis habet titulos, Leges, paragraphos, & versiculos, allegatur simplici C. aut *Cod.* Novellæ continent capita, paragraphos, & versiculos, Prævio earum numero allegantur simplici N. vel *Nov.* vel *Novel.* Interdum allegantur textus; nulla facta mentione Digestorum, aut Codicis, v. g. *L. sed. si* 24. *de Pact.* Et tunc subintelligenda sunt Digesta utpote pars Corporis Juris uberrima. Authenticæ vero, quæ, in recensioribus juris editionibus immixtæ sunt Legibus Codicis Repetitæ Prælectionis, diversis tamen litteris expressæ; allegari solent per sua verba initialia, & tituli rubricam, v. g. *Auth. Habita. Cod. Ne filius pro patre.*

Not.

Not. 2. olim studioso juris fuisse præscriptum quadriennium: Justinianus 45
quinquennium requisivit. *Præf.* 1. *ff. ad Theophilum*, *Dorotheum &c. Omnem* §. 2. *& seq.* Et quidem olim primi anni juris studiosi vocabantur *Dupondii*, hodie *Justinianei*, *Novi*: secundo anno admittuntur ad secundam, & tertiam partem Digestorum addiscendam; & tunc studiosi ab Edicto vocantur *Edictales*. Tertio anno absolvant quartam partem Digestorum, & acutissimi Papiniani libros; & dicentur *Papinianistæ*. Quarto anno absolvant cæteras Digestorum partes, & tunc appellabuntur *Lytæ*; quod habiles habebantur ad solvendas juris controversias. Quinto anno studeant Codici: & tunc dicentur *Prolytæ*, siquidem tunc soluti erunt legibus studiorum. Cæterum nota: Tertio sæculo a Christo nato tres floruere scholæ juridicæ, Romæ, Constantinopoli, & Berythi, hoc privilegio munitæ, ut non liceret, alibi jus docere. *Præf.* 1. *ff. ad. Theoph. Dorotheum, Theodorum.* §. 2. 3. 4. 5. Heinec. *Antiq. Rom. Lib.* 1. *tit.* 25. *n.* 20. *& seqq.*



BIBLIOPOLA LECTORI.

HEic prodit e prælo nostro JOHANNIS GEORGII KEES *Commentarius ad Institutiones Justinianeas.* Liber jam multoties typis mandatus, facili expeditaque venditione in Portugallia, Hispania aliisque regionibus distractus est. Quod autem hanc editionem attinet, eam nulli priorum imparem esse dicimus citra arrogantiam. Quod mendis est repurgata, quod typis nitidis chartaque pura præstat, certior quisque visu fiet. Sunt quædam, nec inconsulto, leviter mutata: nimirum quæ germanico idiomate interspersa erant, ea latinæ orationi sunt adæquata; ne lectori germanicæ linguæ ignaro molestum contingat illorum desiderium. Ad calcem porro libri, habes appendicem, de modo legendi & scribendi citationes utriusque juris.

INDEX



INDEX TITULORUM

LIBRI PRIMI.

INDEX TITULORUM

LIBRI II.

INDEX TITULORUM

LIBRI III.

INDEX TITULORUM.

LIBRI IV.

INSTITU-



INSTITUTIONUM DIVI JUSTINIANI

LIBER PRIMUS.

TITULUS PRIMUS DE JUSTITIA ET JURE

SUMMARIA.

1 *Rubrica de Justitia & Jure bene concepta est.*
2 *Diluuntur argumenta contraria.*
3 *Quid sit Justitia?*
4 *Qualis definita sit, Divina, an humana?*
5 *Quotuplex sit?*
6 *Particularis dicitur esse definita, non Universalis.*
7 *Solvuntur objectiones.*
8 *Quid sit Justitia commutativa?*
9 *An observetur in illa proportio Geometrica, an Arithmetica?*
10 *In impositione pœnarum observatur proportio Arithmetica.*
11 *Definitur Jurisprudentia.*
12 *Quot sint præcepta Juris?*
13 *In suum corpus non licet sævire.*
14 *Solvuntur argumenta contraria.*
15 *Jus aliud publicum, aliud privatum.*
16 *Quid publicum?*
17 *Quid privatum?*

Solerter & congruenter titulum primum de Justitia inscribi dixeris; quia hæc est finis intrinsecus nostræ artis, qui finis in qua-vis disciplina & arte recte perfecteque tradenda primum exquirendus est, ad quem omnis actio, mentis contemplatio dirigatur.

Kees ad ... A Dixi

Dixi *finis intrinsecus*; extrinsecus enim est tranquillitas publica, civiumque subditorum salus juxta vulgatum illud: Salus Reipublicæ suprema lex esto. *Manz. hic. n.* 3. & 4.

Quæres primo, an rubrica hæc bene concepta sit? Sunt, qui negent, atque doceant, quod concinnius rubrica inscriberetur de Jure & Justitia, quemadmodum Theologi id faciunt. Moventur, quia Jus est objectum Justitiæ, sed objectum prius est illo, cujus est objectum: ergo jus est prius Justitia; *minor patet*, quia utique objectum debet prius existere, quam illud, cujus est objectum, quia ab hoc primo in objectum debet eligi.

1 Verum hoc non obstante teneo, rubricam recte & bene conceptam esse. *Ita Harp. hic n.* 5. *Schamb. hic pag.* 23. *Hunn. Var. resol. pag.* 25. *q.* 8.

Probatur ex *l.* 1. *de J. & J.* ubi dicitur, *Jus a Justitia appellari.* Si itaque Jus descendat a Justitia, sequitur, quod Justitia prior sit Jure, sicuti mater, ex qua descendit filius, debet prior esse filio.

2 Pro solutione rationis dubitandi sciendum est, vocabulum *Juris* dupliciter sumi: primo pro Justo, & æquo, & secundo pro arte Juris. Primo sensu acceptum, Jus est prius Justitia; quia Justitia est habitus inclinans voluntatem ad id agendum, quod justum & æquum est; ergo Justitia posterior est Jure; quia ratio dictat, id prius esse, quod est objectum, & ad quod inclinat, quam id, cujus est objectum, & quod inclinat.

Jus acceptum in secundo sensu, posterius est Justitia; quia omnis ars posterior est illa re, quæ docetur; cum ergo Jus sit ars boni & æqui, *L.* 1. *ff. h. t.* id est modus demonstrativus, quomodo justitia tractari debeat, igitur sequitur, quod sit justitia posterius, utpote quæ docetur, id enim, quod ostenditur, prius est quam id, quod ostendit, *Zoes. ff. h. t. n.* 3. adeoque Jus pro arte Juris acceptum habet pro objecto Justitiam, atqui objectum est prius eo, cujus est objectum: ergo Justitia est prior Jure. *Hertogh. h. t. n.* 9.

Ad Principium.

Definitur Justitia, quod sit constans & perpetua voluntas Jus suum cuique tribuendi, *text. hic*, & *l.* 10. *ff. h. t.* Ly *voluntas* ponitur loco generis, ut denotetur, actus Justitiæ debere esse voluntarios; quia is non dicitur justus esse, qui casu juste facit, vel metu pœnæ coactus. Deinde ly *voluntas* non accipitur pro ipsa potentia volitiva, sed habitu voluntatis: Non enim justus est, qui vult juste agere, sed qui & vult juste agere, & simul juste agit, nec unquam aliter vult agere. Sic licet fur centies istum actum voluntatis eliciat: restituam ablatos centum; si eosdem non restituat, actu justus non est. 3

Non adversatur primo: Male Justitia dicitur esse voluntas: quia Justitia est ad aliud; actumque denotat; ergo genus Justitiæ laborat vitio. Respondetur enim, distinguendo antecedens: male dicitur Justitia esse voluntas, si ly *voluntas* accipiatur pro ipsa potentia volitiva, concedo; si intelligatur pro habitu voluntatis, quatenus aliquis vult juste agere, juste agit, nec unquam aliter vult agere, nego antecedens, & consequentiam.

Non

Non adversatur secundo, male definitur Justitia, quod sit constans & perpetua voluntas, cum solius DEI voluntas sit constans & perpetua; homo autem propter lubricos affectus facile a justi ratione traduci possit, cum nihil in homine stabile sit, *Nov. 7. cap. 2.* Respondetur enim ex eo, quod actu ipso justus non semper justitiam exerceat, sed quandoque ob carnis imbecillitatem atque humanæ naturæ fragilitatem in devia labatur, non sequi male Justitiam definiri: sufficit enim Justum aliquem esse habitu & voluntate; quatenus scilicet firmo & constanti animo agit, & nunquam aliter vult agere. *Manz. hic. n. 15.* Ubi dicit, perpetuum dici non tantum id, quod re ipsa tale est, sed quod ex mente hominis; quemadmodum in principio procemii diximus, Imperatorem semper esse augustum, non quod semper augeat imperium actu ipso, sed quod debeat esse ejus voluntas & propositum augendi perpetuum. Sic matrimonium dicitur individua vitæ consuetudo, licet aliquando fiat divortium; sufficit enim mentem contrahentium talem fuisse, ut perpetuo convivere, & nunquam velint ab invicem discedere.

Dividitur primo Justitia in *Divinam & humanam.* Illa est, quæ in Divina mente residet. Hæc inter homines invenitur.

4 Quæres secundo: an definitio Justitiæ concernat divinam, an vero humanam? Dixeris prima fronte, divinam. Primo, quia constans & perpetua voluntas est in solo Deo, non etiam in homine; ergo Justitia Divina definita est.

Secundo. DEUS dixit per os Salomonis: *Meum est opus, quod reges regnent, & legum conditores justa decernant;* ergo definitur justitia divina.

Tertio. Juris consulti dicuntur esse Sacerdotes *l. 1. ff. h. t.* Nemo autem Sacerdos esse dicitur, nisi rei Divinæ: ergo loquitur de Justitia Divina.

His in contrarium nihil remorantibus tenendum est, definitam esse justitiam humanam. Ita *Hunn. Var. resol. q. 2. in princ. Zoes. ff. h. t. n. 11. Harp. hic n. 40. Chling. q. 2. h. t. Schamb. hic.*

Ratio prima, quia Justitiam in *l. 10. ff. h. t.* definivit Ulpianus homo gentilis & Ethnicus, qui divinam Justitiam ignoravit, ac proinde eam definire non potuit.

Secundo, quia illa Justitia definita est, quæ informat homines, quomodo se in republica pro conservanda quiete gerere debeant; sed DEUS informatione non indiget, ergo.

Tertio Ulpianus in *d. l. 10.* illam justitiam definit, quam homines assequi possunt; ergo humanam definivit, cum divinam homo assequi non possit.

Ad primam dubitandi rationem patet solutio ex dictis; quia non desideramus pro justitia voluntatem constantem & perpetuam physice, sed moraliter & in sensu accommodo. Quamvis proinde homo a via Justitiæ deflectat, & suum cuique non tribuat, id tamen non sit vitio Justitiæ, sed ex perversa hominis natura. Ideo lapsus hominis non imputandus est virtuti Justitiæ, sed perversæ hominis naturæ, quam justitia ad suum cuique tribuendum semper inclinat.

Secundum argumentum plus non probat, quam quod justitia quo ad originem divina sit: sicut enim omne

bonum a DEO est, ita etiam justitia. Deinde sequeretur, nullam dari Justitiam humanam, sed omnem justitiam divinam esse, cum omnis Justitia a DEO sit.

Tertium exinde ruit, quia Juris Consulti tantum per similitudinem quandam appellantur Sacerdotes: sicuti enim Sacerdotes sunt Interpretes religionis, Deique cultus, ita Jurisconsulti dicuntur interpretes boni & æqui.

Dividitur secundo Justitia in *universalem* & *particularem*: Universalis est complexus omnium virtutum pertinens ad ea omnia, circa quæ vir bonus versari debet. Et hæc Justitia cum omni alia virtute concurrit, & accipitur pro obedientia universali erga omnes leges, divinas & humanas, naturales & civiles, quo sensu.

Justitia in sese virtutes continet omnes.

Particularis est, quæ hominem primario inclinat ad perpetuo suum cuique tribuendum. Dicitur cuique, id est, alteri a se in individuo; proprium enim Justitiæ particularis munus & officium est extra se agere, & suum cuique, id est, alteri a se debitum tribuere. Quare in hoc differt a Justitia universali, quæ est virtus, quæ principaliter ad intra agit, & seipsam respicit non tertium v. g. prudentia in prudente.

Quæres tertio, quæ Justitia an universalis, an particularis hic definita sit?

Sunt, qui universalem definitam statuant, quibus se adjungit *Hunn. var. resol. in princ. q.* 3.

Movetur primo: quia in Jure nostro non tantum præcipitur, ut Jus suum cuique tribuatur, sed etiam præcipitur, ut quis temperantiæ studeat, non committat adulterium, nec utatur libidine sine recta ratione, ut *patet ex tit. de adult.* deinde insuper in Jure præcipitur id, quod est mansuetudinis, ut non pulsare, non convicia dicere *tot. tit. de injur.* ergo non est definita Justitia particularis, sed universalis.

Secundo: finis Justitiæ est salus & tranquillitas reipublicæ; sed salus & tranquillitas reipublicæ ex eo solo, quod jus suum cuique tribuat, exoriri non potest, nisi simul prohibeantur adulteria, stupra &c. ergo Imperator, qui salutem & tranquillitatem reipublicæ promovere voluit, non videtur voluisse definire Justitiam particularem, sed universalem.

His non adversantibus verius est Justitiam particularem hic definitam esse. *Schamb. hic. Zoës. ff. h. t. n.* 16. *clariss. DD. Franz. Inst. h. t. n.* 11.

Ratio sola & unica, quia dicitur in definitione: *Jus suum tribuendi cuique*, id est alteri a se. Jam hoc est soli Justitiæ particulari proprium; reliquæ enim virtutes principaliter ad intra sunt, & se ipsas respiciunt, atque hominem perficiunt in se, sicut prudentia in prudente: non vero respiciunt tertium, & non perficiunt hominem ad jus suum cuique tribuendum. Quare Aristoteles recte dixit: *Alienum bonum ipsa Justitia sola ex omnibus virtutibus & habetur & est: cum sit ad alium; agit enim ad ea, quæ alii, vel, Principi, vel reipublicæ conferunt,* ac si vellet dicere, cæteras virtutes utentes proprias esse, Justitiam autem communem & publicam. Pro fundamento ergo capesse, soli Justitiæ proprium esse, ut extra se agat, & suum cuique, id est, alteri a se debitum tribuat.

tribuat. Hoc cum aliis virtutibus proprium non sit, ideo signum est, quod Justinianus, dum ait: *jus suum cuique tribuendi*, Justitiam particularem definire voluerit.

Ad primum Respondetur; actus adulterii, stupri &c. & alios ejusmodi etiam in Jure nostro prohiberi, non autem sub hoc respectu, quatenus læditur castitas, vel virginitas; sed quia etiam per adulterium uxori injuria infertur. Sic actus mansuetudinis & fortitudinis etiam in jure præcipiuntur, sed non præcipiuntur, quia perficiunt hominem in se, hoc est, faciunt hominem fortem aut mansuetum, & ad intra agunt, sed quia sunt juris & justitiæ; quia alias pulsato inferretur injuria, & miles, qui locum in acie deserit, arma abjicit, & fugit, patriæ jus suum non tribueret. Respondetur secundo, præcipi in Jure nostro etiam alias virtutes, non quidem per se primario, sed secundario, ut facilius obtineamus finem justitiæ particularis, ideoque ideo etiam actus aliarum virtutum imperantur, ne iis contemptis Justitiæ particularis finis impediatur.

Ad secundum eadem est solutio, quia adulteria prohibentur etiam in jure nostro, sed non quatenus læditur castitas, & homo per hanc perficitur in se incastus, sed quia uxori Jus suum non tribuitur.

Dices, Ergo neque particularis Justitia est definita; quia etiam hæc non est semper ad alios, sed etiam ad se: si enim quis sibi manum amputet, non alteri sed sibi facit injuriam, ergo justitia particularis est etiam ad se. Respondetur, falsum esse, amputando sibi manum, alteri non fieri injuriam, quia vel uxori, vel liberis, vel reipublicæ, vel DEO fit injuria, cum nemo sit membrorum suorum Dominus. *Schamb. loc. cit.*

Dividitur tertio Justitia in *commutativam*, *distributivam*, & *vindicativam*.

Commutativa est, quæ in commerciis, & rerum privatarum permutatione versatur, servata proportione arithmetica. Distributiva est, quæ præmiis & officiis pro cujusque merito distribuendis versatur, servata proportione geometrica. 8

Servari dicitur proportio arithmetica, si habetur respectus rei ad rem, 9
sive quantitatis ad quantitatem, v. g. si equum emi 20. fl. totidem ex justitia commutativa teneor solvere, si 10. fl. furatus sum, teneor decem restituere, si centum promisi, teneor centum solvere.

Proportio Geometrica servari dicitur, quando habetur respectus rei ad personam v. g. miles gregarius, & belli dux simul occuparunt urbis mœnia: hoc in casu majori prœmio afficitur belli dux, quam miles gregarius *Ching. q. 5.* sic quoque in distribuendis officiis geometrica servatur proportio, majora enim nobili, doctoque viro committenda sunt munia, quam ignavo inertique.

Sane Justitia distributiva in sensu stricto & rigoroso non est Justitia; quia subditi nullum habent jus ad officium, honorem, vel dignitatem; dixi: *nullum habent jus*, puta, quæsitum. Hinc licet Princeps officium minus digno contulerit, præterito magis digno, non tamen tenetur ad restitutionem. Justitia vindicativa est, quæ in puniendis delictis locum habet. *Clariss. D. Franz. h. t. n. 29.*

Quæres quarto, observeturne in impo-

impositione pœnarum proportio geometrica, an arithmetica? Respondetur, observari proportionem arithmeticam.

10 Ratio: quia tunc observatur proportio Arithmetica, si in singulis servatur æqualitas; sed in impositione pœnarum in singulis servatur æqualitas; ergo observatur proportio arithmetica. *Minor patet*, quia pœna debet commensurari delicto, & nec major nec minor imponi.

Confirmatur; Ideo in emptione & venditione observatur proportio arithmetica, quia pretium respondet merci; ergo etiam ideo in impositione pœnarum observatur proportio arithmetica, quia pœna respondet culpæ.

Objicitur: In impositione pœnarum habetur respectus personarum quia gravius puniuntur servi, quam liberi, plebei, quam nobiles &c. ergo observatur proportio geometrica. Respondetur distinguendo, gravius puniuntur servi quam liberi gravitate materiali, concedo; formali; nego. Cuilibet pœna secundum qualitatem delicti imponitur, ita ut tanta sit pœna, quanta est culpa. Quod autem videatur inter pœnam & culpam esse improportio, conditio personæ facit. Unde v. g. si rusticus & nobilis viro honesto verbera impingant, utique gravior culpa est in rustico, quam nobili.

§. Juris Prudentia 1.

11 Post Justitiæ definitionem Imperator Justinianus definit Jurisprudentiam, aitque, quod sit divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi & injusti scientia. Hoc est, Jurisprudentia est habitus intellectus, quo quis cognoscit res divinas & humanas, non quidem eas in suis essentiis (hoc enim Theologis & Philosophis relinquimus) contemplando, sed justitiam circa eas administrando, atque ostendo, quid justum quidve injustum sit, illud ut faciamus, hoc ut fugiamus. *Zoës. ff. h. t.* 5. Adeoque Jurisprudentia talis est notitia, quæ tradit, quid in rebus Divinis v. g. rebus sacris, religiosis, sanctis, & humanis justum sit, atque injustum. *Manz. n.* 2.

Objicitur primo. Logica sive Philosophia est etiam rerum humanarum, & Theologia divinarum scientia, ergo male definitur Jurisprudentia. Respondetur, Philosophiam & Theologiam res humanas ac divinas non examinare ex regulis justi, & injusti, æquum ab iniquo separando, aut licitum ab illicito secernendo, sed in suis essentiis ac proprietatibus contemplando, adeoque diversus est Philosophiæ & Jurisprudentiæ finis, hæc enim non intendit essentias rerum cognoscere, sed justitiam de iis administrare.

Objicitur secundo: Nulla definitio potest constare duplici genere; sed jurisprudentia modo ars, modo notitia, modo scientia, appellatur, ergo non videtur concinne definita. Respondetur, artem, notitiam, & scientiam invicem in Jure confundi, & promiscue usurpari.

§. His Igitur 2.

Tradita jurisprudentiæ definitione, Justinianus nunc declarat, qua docendi vel discendi ratione ejus cognitio comparari possit, aitque, ut ii, qui legitimæ scientiæ cognitionem docent,

docent, & jura populi Romani scire affectant, a primis principiis exordium capiant & primo quidem levi, ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione exquisite singula tradant. Ratio est in ipso textu; quia alias infirmi adolescentum, juvenumque animi multitudine ac varietate rerum onerati, vel ex diffidentia quadam studium Juris penitus deserunt, vel propter difficultatem tardius, & cum magno labore ad cognitionem ejus pertingunt. Proinde non est vasto illi Juris Oceano temere se committendum, sed a facilioribus & minimis incipiendum, ut ad majora perveniamus; nemo enim repente fit summus, & qui vadit plane, vadit sane. *Schneid. hic.*

§. JURIS 3.

12 PRæcepta Juris tria sunt: Honeste vivere, alterum non lædere, Jus suum cuique tribuere.

Primum itaque præceptum juris est *honeste vivere*, atque hoc præceptum ad uniuscujusque personam propriam pertinet, & præcipit, ut honeste, id est, temperate, verecunde, ac probe & cum virtute vivamus, omnesque nostras actiones, sermones, & cogitationes ita instituamus, quemadmodum lex & recta ratio suadet: ne quid contra honestatem inconsulte, negligenter, aut temere cogitemus, dicamus, vel agamus, sed in omnibus vitæ actionibus non solum id, quod licet, sed id, quod honestum est, spectemus. *Schneid. & Manz. hic.*

Secundum præceptum est: *alterum non lædere.* Hoc præceptum pertinet ad injurias vel delicta, ut videlicet aliquis ab illis abstineat, neminem in corpore, rebus, vel fama sua offendat. *Manz. hic. n.* 12. Ex hoc præcepto non alterius dumtaxat, sed etiam sui ipsius offensio prohibita est, ita, is, qui ex proposito vel metu criminis perpetrati se ipsum graviter lædit, vel, vulnerat, capite puniatur. *L. 6. §. qui se vulneraverit ff. de re milit.* ratio, quia nemo est suorum membrorum dominus. *L.* 13. *ff. ad L. Aqui.*

Quæres quinto, an jure nostro civili homini libero liceat in suum corpus sævire, sibi violentas manus vel vulnera inferendo?

Dixeris prima fronte, quod sic: Primo, quia præceptum Juris est, *alterum non lædere*, ergo argumento a contrario deducto (quod in jure est fortissimum & frequentissimum: *L.* 1. *§.* 1. *ff. de off. ejus, cui est mand. Jurisdict.*) se ipsum lædere licebit: Ad quid enim alias diceret, alterum, si etiam seipsum lædere prohibitum esset.

Secundo, volenti non fit injuria, ergo licebit in suum corpus sævire: quoniam in corpus alterius ideo sævire prohibetur, ne alteri fiat injuria.

Tertio, per *L. 9. §. si ipse servus 7. ff. de peculio*: ubi expresse dicitur, *licere etiam servis naturaliter in suum corpus sævire.* Ex quibus verbis colligitur, idem licere homini libero, ex duplici argumento: primo, quia dicit Jurisconsultus *etiam hoc licere servis*, quæ verba implicativa sunt, atque innuunt, præter servos alios esse, quibus hoc itidem permittatur. Secundo textus ait, *naturaliter* hoc servis licere, hoc est, Jure naturæ. Jus autem naturæ omnibus peræque convenit, & hominibus liberis commune est cum servis *L. 32. ff. de R. J.* ergo si servo in corpus suum licet sævire,

sævire, multò magis licebit libero, quia servus minùs est membrorum suorum dominus quàm liber.

13 His non obstantibus, probo sententiam, quæ docet, non licere in suum corpus sævire. Ita *Harp. n.* 10. *hic. Hunn. var. ref. pag.* 15. *q.* 17.

Primo, quia præceptum divinum generale est; *ne occides*. id est, neque te, neque alium, ergo, cum præceptum non distinguat, nec nos distinguere debemus.

Secundo, quia ob charitatem & justitiam prohibetur homicidium: atqui contra istam charitatem, vel maxime ille peccaret, qui se ipsum occideret, imo gravius peccaret aliquis, se ipsum occidendo, quam alterum, quia quisque sibi proximus est, & amor incipit a se ipso, ergo &c.

Tertio, quia gravissima pœna in illos constituta est de jure civili, qui se ipsos vulnerant, aut mortem sibi conciscunt *l.* 6. *§.* 7. *ff. de re milit.* quomodo ergo adversarii audent asserere, jure civili permissum esse, in corpus suum sævire; cum jus civile sævienti gravissimam pœnam dictet?

Quarto, quia nullus est suorum membrorum Dominus, auctore Ulpiano in *l.* 3. *ff. ad leg. Aquil.* Unde & passim Theologi docent, hominem non esse Dominum, sed solum Custodem vitæ suæ & membrorum suorum, Dominium autem horum esse apud solum Deum. *Harp. n.* 12.

14 Ad primum respondeo, argumentum à contrario nunquam procedere, quando expressa legis dispositio resistit in contrarium, aut aliquod absurdum sequitur, quod utrumque hoc in loco accidit, uti ex argumentis pro nostra sententia adductis patet. *Harp. n.* 17.

Ad secundum respondeo, hoc axioma: *Volenti non fit injuria.* Non esse generaliter & absolute, sed secundum quid accipiendum; quod videlicet volenti non fiat injuria ad hoc, ut actio injuriarum competat.

Deinde negatur suppositum, quod in injuriam sibi ipsi inferendam quis consentire possit: voluntas enim per legem sublata est, atque adeo licet sibi vulnerando, v. g. corpus, vel se interficiendo non faciat injuriam, facit tamen civitati, vel magistratui injuriam, qui membro atque cive spoliatur. *Hum. var. resol. loc. cit.*

Ad tertium respondeo, particulam *etiam* non esse implicativam, si ex implicatione hac aliquid absurdi sequeretur.

Deinde servo licet naturaliter in suum corpus sævire, ita, ut Dominus damnum sibi inflictum propter hoc non possit deducere de peculio: non autem sic servo licet in corpus suum sævire, ac si illud simpliciter de Jure naturali & civili permitteretur: adeoque sensus est talis: naturaliter servo licet in corpus suum sævire ita, ut inspecto jure naturæ damnum sibi inflictum non possit deduci a Domino. Accedit secundo, quod in *cit. L.* 9. *§.* 7. *naturaliter* non jus significet, ut sensus sit, Jure naturæ servo licere in corpus suum sævire; sed significat idem, *quod ipso facto, & vere sive revera* liceat servo in corpus suum sævire quemadmodum ly naturaliter *vere & cum effectu* significat in *L. solut.* Ubi dicitur pecuniam solvi naturaliter, id est vere & cum effectu: Adeoque sensus legis est, servo licet vere, & cum effectu in corpus suum sævire, ita, ut damnum sibi inflictum Dominus de peculio deducere non possit. *Harp. & Hunn. loc. cit.*

Tertium

Tertium præceptum est, *suum cuique tribuere*, hoc præceptum res & facultates concernit, ne quis alterum vel contrahendo, vel permutando decipiat, sed suum cuique tribuat, sive pœna aliquis sit afficiendus, sive præmiô remunerandus.

Objicitur primò: Jure nostro permissæ sunt concubinæ. *L.* 3. *l. ult. ff. de Concub.* Ergò primum præceptum Juris cespitat. Respondetur: Jure nostro permissæ sunt concubinæ ex justa causa, puta, majoris mali evitandi gratiâ: concedo *antecedens.* Citra justam causam: nego *antecedens & consequentiam*; Jus nostrum non præcepit concubinatum, sed solùm non prohibet, & tolerat, longè majoribus malis & delictis obviam ire cupiens, & inter duo mala minus eligens, scilicet permittendo stupra, ne committantur adulteria aut incestus.

Urges: Non licet malum committere majoris mali vitandi causâ: ergò neque licet malum permittere evitandi majoris mali causâ: Respondetur; concedo *antecedens*, *nego consequentiam.* Disparitas est, quia nefas, vel delictum de se committere est intrinsecè malum, adeoque in nullis circumstantiis potest inducere normam & rationem boni. At permittere nefas de se non est malum, adeòque potest in circumstantiis quibusdam inducere rationem boni, puta, si conditio fragilitatis humanæ & morale periculum majoris mali ita exigat.

Objicitur secundò. In jure nostro permissum est alterum in contrahendo circumvenire. *L.* 16. §. 4. *ff. de minor.* Ergò tria juris præcepta non subsistunt. Respondetur, distinguendo antecedens: In jure nostro permissum est alterum circumvenire intra latitudinem justi pretii, hoc est, summi, medii, & infimi, concedo antecedens; extra hanc latitudinem, nego antecedens & consequentiam.

Instas: jus nostrum permittit, ut, quod minoris est, vendatur pluris. *L.* 22. §. 3. *ff. locati*: Ergò permittit circumventiones injustas. Respondetur, distinguendo antecedens: permittit intra terminos justi pretii: concedo; extra terminos justi pretii: nego antecedens & consequentiam.

§. Hujus Studii. 4.

Visò, quid sit jus, Justitia, & jurisprudentia; superest, ut expendamus, quotuplex sit jus: Et ait Imperator hic, duas ejus esse positiones.

Aliud scilicet esse jus publicum, 15
aliud privatum. Jus publicum est, *quod ad statum rei Romanæ pertinet*, sive, ut accuratiùs loquar: Jus publicum est, quod pro fine suo proximo habet bonum commune totius reipublicæ. Huc pertinent sacra, acerdotes & Magistratus. *L.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Item conventiones publicæ, pax, fœdera, legationes &c. *Harp. n.* 4.

Privatum est, quod pro fine suo 16
proximo habet bonum & utilitatem singulorum ac privatorum.

Dixi: *pro fine suo proximo.* Nam tam jus publicum, quàm privatum secundariò etiam redundat in alterius utilitatem. Sic etiam omnium privatorum interest, habere Ecclesias *Nov.* 17. *cap.* 4. habere Sacerdotes, qui sacra ministrent, habere Magistratus, qui jura reddant.

Item mulieres esse dotatas reipublicæ interest, id tamen non est juris publici,

pub'ici, sed privati tantùm; quia dotatas esse, primariò mulieris vel mariti, secundariò autem reipublicæ interest. *Scham. hic Harp. n. 7.*

Privati Juris dicuntur dominica & patria potestas, tutelæ, dominia rerum privatarum, ultimæ voluntates, & hæreditates, contractus, servitutes, dotes, actiones &c. ratio, quia hæc omnia proximè respiciunt utilitatem privatorum. Dico *proximè*, quia secundariò, & in consequentiam etiam respiciunt utilitatem publicam. Sic licèt divitiæ proximè respiciant utilitatem subditorum, tamen etiam secundariò interest reipublicæ subditos esse locupletes, ut tributa & pensiones ritè solvi, & in casu necessitatis reipublicæ auxilium præstari possit. *Manz. n. 9.*

17 Dices: omnia jura sunt publica; ergò malè distinguitur jus in publicum & privatum. Respondetur, distinguendo antecedens. Sunt publica quoad causam efficientem, quia jura non nisi ab eo, qui publicam potestatem habet & authoritatem, constituuntur: concedo antecedens; sunt publica quoad materiam, finem & utilitatem, nego antecedens & consequentiam. *Manz. num. 10.*

Ad Vers. Dicendum.

Relictò jure publicò, ait imperator, quòd de jure privato agere velit. Ratio esse videtur, tum quia, non cognitò priùs jure privato, Jus publicum difficulter capi potest, tum quia Juris Studiosi rarò interrogantur de jure publico, cùm potiùs ad illos pertinere videatur, qui excelsas in aulis dignitates possident, *Harp. n. 10 Manz. n. 19.*

Dices: Tutela est juris publici. *L. 9. ff. de his, qui sui vel alieni Juris.* Testamenti factio est Juris publici. *l. 3. ff. de his, qui testam. fac. poss.* atqui Imperator agit ad Institutiones de tutela & testamento: ergò agit de jure publico. Pro solutione hujus objectionis sciendum est duplici respectu aliquid dici esse juris publici. Primò: quatenùs aliquid spectat ad statum rei Romanæ. Sic Magistratus, Sacerdotes & sacra dicuntur esse Juris publici. *L. 1. §. 2. ff. h. t.* Secundò: quatenus aliquid ita dependet à jure publico, ut in privatorum potestate non sit. Et in hoc sensu tutela & testamentum dicitur esse juris publici, quia tutorem dandi, & testamentum faciendi potestas non tribuitur privatorum voluntate, aut conventione, sed cuique hæc potestas à jure publico, & legibus conceditur. Et exinde enata est parœmia, quòd ea, quæ sunt juris publici, privatorum conventione mutari nequeant. *L. 27. ff. de R. J.* His observatis levi brachio argumentum nobis objectum eluseris. *Manz. n. 24.*

Ad Vers. Collectum Est.

Jus privatum tripartitum est, & collectum ex præceptis, aut naturalibus, aut gentium, aut civilibus. Ratio hujus tripartitæ divisionis est, quia jura hominis causâ sunt constituta. Homo autem considerari potest, vel ut animal; & eo respectu subest juri naturæ: vel ut homo, à cæteris animalibus usu rationis distinctus; & sic agnoscit jus gentium: vel ut civis; & hac consideratione subjacet Juri civili. *Manz. hic. num 27.*

TITU-

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

SUMMARIA.

1 *Definitur Jus naturale.*
2 *Brutis non inest formaliter.*
3 *Resolvuntur objectiones.*
4 *Quid sint actus Juris naturalis.*
5 *Quid naturales tantùm?*
6 *Edere, bibere, dormire sunt actus naturales.*
7 *Definitur Jus gentium.*
8 *Quomodò differat à Jure naturali.*
9 *Recensentur exempla Juris gentium.*
10 *Divisio Juris gentium.*
11 *Quæ non admittitur.*
12 *Proferuntur argumenta contraria.*
13 *Definitur Jus civile.*
14 *Traditur ejus divisio.*
15 *Quid sit lex relatè spectata?*
16 *Monarchia reliquis reipublicæ statibus præfertur.*
17 *Lex pœnalis quid sit?*
18 *Requisita legis adstruuntur.*
19 *Debet esse justa.*
20 *Stabilis.*
21 *Publice promulgata.*
22 *Non obligat ante promulgationem.*
23 *Acceptatio subditorum nonrequiritur.*
24 *Diluuntur objectiones.*
25 *Neque scriptura.*
26 *Solvuntur argumenta contraria.*
27 *Effectus legis qualis sit?*
28 *Lex pœnalis non obligat ante sententiam.*
29 *Definitur Plebiscitum.*
30 *Item Senatus Consultum.*
31 *Constitutio Principis, alia generalis, alia specialis.*
32 *Quid sit Rescriptum?*
33 *Quid Decretum?*
34 *An vim juris universalis habeat?*
39 *Edictum quid sit?*
37 *Aliud reale, aliud personale.*
38 *Privilegia Doctoratûs qualia sint?*
39 *Divisiones privilegii.*
40 *Quando sortiatur effectum?*
41 *Privilegiatus contra Privilegiatum quando suo privilegio utatur.*
42 *Privilegia quomodo amittantur?*
43 *Edicta Prætorum definiuntur.*
44 *Item responsa prudentum.*
45 *Quem effectum habent?*
46 *Consuetudo definitur.*
47 *Divisio ejus.*
48 *Requisita ejusdem.*
49 *Per unum actum successivum introduci potest.*
50 *Resolvuntur objectiones.*
51 *Per actus metu extortos.*
52 *Item meræ facultatis.*
53 *Aut erroneos non inducitur.*
54 *Benè verò per actus judiciales & extrajudiciales.*
55 *An per actus peccaminosos?*
56 *Scientia Principis ad illam non requiritur.*
57 *An jus naturale sit immutabile?*
58 *Respondetur ad objectiones.*
59 *Jus civile mutabile est.*
60 *Objectum juris triplex est.*

CONNEXIO.

Dictum est in fine præcedentis tituli; Jus privatum Romanorum collectum esse ex præceptis naturalibus, gentium, & civilibus; superest, ut inquiramus, quid horum quodlibet sit.

AD PRINCIPIUM.

1 Quæritur hic, quid sit Jus naturale? Respondet Imperator, esse illud, *quod natura omnia animalia docuit*, hoc est, Jus naturale illud dicitur, quod non tantum in homines cadit sed etiam in bruta, & ut ait Imperator, non humani duntaxat generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, hoc est in aëre, veluti aves, quæ in terra, veluti feræ bestiæ, quæ in mari, id est in aquis, veluti pisces nascuntur. Videmus enim multos actus, quos non homines tantùm sed & bruta faciunt, ut & his Jus naturæ quodammodò inesse videatur. Dico *quodammodò*, hoc est impropriè, anaphoricè, & similitudine quâdam, quia videlicet bruta ad similitudinem hominum idem subinde faciunt, quod homines. Hujus rei exempla hic in principio tria prostant, puta, maris & feminæ conjuntio, liberorum procreatio, & educatio. Non enim homines solummodò, sed & bruta ex instinctu quodam naturali inter se conjunguntur, progenerant, & educant.. Aliò tamen modò id faciunt homines, aliò bruta. Illi cum temperamento & ductu rationis; Hæc ex solo impulsu & instinctu naturali, ut brutis Jus naturale materialiter, hominibus formaliter inesse dicatur. Quod ut reddatur luculentius,

2 Observa, *Materialiter* Jus naturale illis dici inesse, qui ex mero impulsu atque impetu naturæ aliquid agunt. *Formaliter* verò jus naturale illis inesse, qui jure, & recta ratione aliquid faciunt, sic, quia bruta solo & mero impetu naturæ promiscuè commiscentur, jus naturale dicitur illis inesse materialiter. Homines verò quia conjunguntur cum ductu rationis, quæ dictat etiam in maris, & fæminæ conjunctione honestatem observandam esse juxta illud: *Nolite fieri sicut equus & mulus, quibus non est intellectus. Psalm.* 21. *vers.* 9. ideò jus naturale in homines dicitur formaliter cadere. Hinc,

Non obstat primò, si dicas. Solus homo particeps est rationis, in brutis verò nulla est ratio. *L.* 1. §. *ait Prætor.* 3. *ff. si quadrup. paup. fec. dicat.* Ergo jus naturale non cadit in bruta. Siquidem, Respondetur distinguendo consequens. Ergò jus naturale non cadit in bruta formaliter, concedo, materialiter, nego consequentiam. 3

Non adversatur secundò *tex. Instit. hic*, ubi dicitur: *Cætera quoque animalia istius Juris perita*, sive ut alii rectiùs legunt, *perita censeri*, quia sensus est, ut materialiter, non formaliter perita censeantur. *Clarissimus D. Doctor. Fronz. Instit. h. t. n.* 6. *Schambog. Instit. hic. vers. Dices. n.* 6. *Vinn.. Inst. hic.*

Non refragatur tertiò quod ex dic. tis sequeretur, bibere, edere, dormire, vigiliare, currere, quiescere esse actus Juris naturalis, sed hoc est absurdum dicere, ergò. Enim verò Respondetur negando sequelam majoris, quæ negatio ut verificetur,

Nota, actus Juris naturalis illos dici, quos homo exercet ex instinctu naturæ & simul cum ductu rationis, brutum verò ex solo impulsu naturæ. Contrà autem actus illos nuncupari naturales tantùm, quos homo ex solo naturæ impulsu facit, & sine ductu rationis, quæ dictat etiam in maris & fœminæ conjunctione honestatis observantiam, ideò maris & fœminæ 4 5

minæ conjunctio dicitur actus juris
6 naturalis Contrà verò edere, bibere, vigilare, currere, & quiescere sunt actus dumtaxat naturales, quia homo & brutum istos actus ex solo naturæ impulsu exercet. In summa (ut multa paucis concludam) & tu intelligas, an actus dicatur naturalis tantum, an vero juris naturalis, hoc tibi principium cape. Si homo aliquid facit ex instinctu naturæ, & simul cum ductu rationis, & idem facit brutum ex sola naturali incitatione, tunc id erit juris naturalis. Quòd si verò homo aliquid non jure faciat, & idem faciat brutum ex impetu naturæ, non erit actus juris naturalis, sed erit actus naturalis tantùm. *Harp. n. 2. hic Hunn. var. resolut. lib. 1. tract. 1. q. 19. & 20. Manz. n. 14. hic.*

Unde *Zoës. ad ff. h. t. n. 25.* more suo solidè asserit, quòd definitio Juris naturalis hunc quasi sensum recipiat: *Jus naturale est, quod versatur circa ea, quæ bruta appetunt solo instinctu, & inclinatione naturæ, homines autem Jure & ductu rationis.* Advertis modò edere, bibere, dormire, vigilare, & id genus actus esse tantùm naturales: contrà vero v. g. defensionem sui esse actum Juris naturalis, quoniam homo & brutum adversus vim illatam se defendit, vim vique repellit. Brutum ex solo impetu naturæ, homo ex instinctu naturæ, & cum temperamento rationis, quia videlicet servat moderamen inculpatæ tutelæ, & vim vi repellit, si aliter se defendere nequeat juxta *L. scientiam 45. §. qui cum aliter. 4 ff. ad leg. Aquil.*

Non obstat quartò, *quod in princip. Inst. de nupt.* matrimonium dicatur esse Juris civilis, & apud nos Catholicos sit unum ex septem Sacramentis, ut proinde malè dicatur omnium animalium proprium esse. Respondetur enim, matrimonium diversi Juris esse. Nam consideratum ut maris & fœminæ conjunctio, ex solo instinctu naturali, quò moventur homines pro suscipienda prole, proveniens, erit Juris naturalis; consideratum verò quoad animorum consensum, erit juris gentium, sicuti cæteri contractus, qui consensu perficiuntur, Juris gentium esse dicuntur. Quoad formam verò à lege præscriptam, quatenus scilicet inter certas personas, & certo tempore est prohibitum, erit Juris civilis. Quoad Institutionem in paradyso Juris Divini, quoad gratiam denique Sacramentum est. *Mynsing. n. 15. hic.* Alii non nihil aliter respondent, & dicunt matrimonium quoad ortum, & originem censeri Juris naturæ, quoad formam & effectum partim Juris gentium, partim Juris civilis *Manz. Inst. hic n. 27.*

§. Jus Autem Civile I. Cum §. Sequent

Dispeximus, quid sit Jus naturale, sequitur: quid sit Jus gentium, & civile: cùm verò Jus gentium antiquitate præcedat civile, ideò ab illo meritò exordium duxi; & quidem,

Quæritur hic, quid sit Jus gentium? Respondet Imperator hic, Jus 7
gentium illud esse, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes populos peræquè cus- 8
toditur. Differt à Jure naturali, quod illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. *L. 1. §. fin. ff. de J. & J.* Unde si quid videas apud omnes gentes & populos pro Jure usurpatum, ita tamen, ut

ejus simulacra, & aliqualem observantiam etiam apud cætera animalia reperias, tunc illud judicabis esse juris naturæ, si verò animadvertas, aliquid passim observari apud omnes homines, nihil tamen simile apud cæteras animantes, tunc dices esse Juris gentium, *Manz. Instit. hic. n. 6.*

9 Exempla Juris gentium varia videas à Doctoribus poni.

Primum est Religio erga Deum *L. n. ff. de J. & J.* ratio, quia Deum aliquem esse, qui religiosè nobis colendus & metuendus sit, ratio naturalis omnibus gentibus dictavit. Unde eleganter *Cicero lib. 2. de nat. Deor. omnibus*, inquit innatum est, & in animo quasi insculptum, esse Deos; quales sint, varium est, esse nemo negat.

Secundum exemplum est pietas & observantia in patriam, & parentes *d. l. 2. ff. de J. & J.* ipsa enim ratio naturalis præcipit, ut parentibus & patriæ pareamus, reverentiam exhibeamus, atque pietatem *d. l. 2.* Ita tamen ut patriæ potiùs, quàm parentibus parendum sit. *L. 19. §. filius 7. ff. de captiv. & postlim. reverſ. & l. minime 35. ff. de religiof. & sumpt. fun.* Ubi dicitur, quòd filius impunè patrem, qui ad delendam patriamve-nit, occidere possit, imò ea propter præmiis afficiẽdus sit. *Schneid. n. 8. hic. Brunnem in. d. l. 35.* Rationem hujus ut intelligas, illud tibi nota generale principium, & memoriâ tenaci serva: si emergat casu, in quo duo præcepta naturalia conveniunt, & invicem colliduntur, ita ut ambo servari nequeant, tunc præceptum inferius cedit præcepto naturæ superiori. Sic cùm in casu *d. l. 35.* concurrat unum præceptum naturæ, ne occidas: & alterum ut patria servetur: ut illud autem præceptum, quod salutem patriæ intendit, si superiùs, id præceptum, non occides, utpotè inferiùs, eidem cedit. Huc respexisse videtur *Clariss. D. P. Konig. ad Decret. de præscript. n. 4.* ubi ait, quoties cunque concurrunt duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ fortior est, quæque majori nititur fundamentô ob publicam reipublicæ utilitatem. Cõcordat *Clariss. D. Franz. Instit. h. t. n. 28.*

Dices. Non tantùm homines, sed cæteræ quoque animantes habent aliquem affectum, amorem & reverentiam in parentes, sic, ut taceam, quod de ciconia referunt, utputa dicitur alere suos parentes, ergò pietas in parentes non erit actus Juris gentium, sed juris naturalis. Respondetur id non esse regula in cæteris animantibus, neque eâ ratione ab iis fieri, ut pietatem, reverentiam, & obedientiam præstent, *Manz. Inst. hic n. 9. Schamb. Inst. h. t. q. 6. vers. dices.*

Jus gentium passim dividitur in *primævum, & secundævum.* Primævum vocant, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sive (ut clariùs loquar) quod nullâ utilitatis, vel necessitatis causâ urgente, à mera naturali ratione ortum habet, & ab omnibus gentibus propter vim naturalis æquitatis receptum & approbatum est.

Huc spectat Religio in Deum, pietas in patriam, reverentia in parentes. Item vulgares illæ regulæ, quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris: nihil magis fidei humanæ congruit, quàm ea, quæ placuerunt, custodire: benefacienti naturale est, ut benefaciamus. Hæc & id genus alia principia dicuntur esse Juris gentium primævi, quia primò ævo, hoc est ab initio statim creationis nostræ animis nostris divinâ quadam vi insita sunt, & insculpta. *Mynsing. n. 8. hic. Schneid. n. 4. Manz. n. 14.*

Jus gentium secundævum appellant, 10
quod usu, & humanis necessitatibus exigen-

exigentibus introductum est. Huc revocant distinctiones dominiorum, bella, captivitates, servitutes &c. Ab initio enim & primordio mundi omnia fuerunt communia: cùm verò posteà ratione dominiorum exorirentur magnæ lites, discordiæ & rixæ ideò naturalis ratio dictavit, ut pro conservanda reipublicæ tranquillitate fieret distinctio dominii, & cuique aliquid proprium assignaretur. Hinc dominia rerum fuerunt distincta, regna condita, agri terminis separati, ædificia posita &c.

Bella autem introducta sunt, ut sontes punirentur, personæ & res nostræ defenderentur. Ex bellis deinde secutæ sunt captivitates, & servitutes, de quibus suô locô.

Spectant quoque ad jus gentium secundævum (si tamen detur) ferè omnes contractus, quia ad commodam rerum & officiorum in civili societate communicationem necessarii & idonei sunt. Tales sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, depositum, commodatum, mutuum, &c. Hi enim contractus apud omnes peræquè gentes communes sunt, ut proinde quoad originem Juri gentium rectè accenseantur. Dixi *ferè omnes*, reperiuntur enim aliqui, qui à jure civili fuerunt inducti, veluti stipulatio, literarum obligatio, sponsalitia largitas, & ut alii volunt, contractus emphyteuticus, de quibus in decursu suô locô agemus.

Controversia non levis est, an dividi Juris gentium in primævum & secundævum admitenda sit?

Affirmativam utràque manu propugnat Bachov. aitque jud ciò carere, qui distinctionem hanc non ferunt, eidem adstipulantur. *Teutl. vol.* 1. *disp.* 1. *th.* ... *D. Schnei l. n.* 6. *Manz. n.* 10. &. ... *Arumæ. exercit.* 1. *th.* 14. *Vinn. Inst. hic num.* 4. *Hertog. Inst. h. t. n.* 6.

Moventur primò, quia unius ejusdemque rei non potest dari duplex & diversa definitio, sed si memorata distinctio non admitteretur, daretur unius ejusdemque rei, videlicet Juris gentium, duplex & diversa definitio, ergò. *Minor ostenditur. In* §. 1. *hic* dicitur Jus gentium illud esse, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. Et in §. 2. Illud Jus gentium esse dicitur, quod usu exigente, & humanis necessitatibus constitutum est.

Moventur secundò per *L.* 1. *ff. de A. R. D.* ubi dicitur antiquius Jus gentium; ergò debet dari minùs antiquum, quod est secundævum.

Moventur tertio per *d.* §. 2. *h. t.* ubi dicitur: *usu exigente & humanis necessitatibus gentes sibi Jura constituerunt.* Atqui constituere est aliquid novi statuere; ergò datur Jus gentium secundævum.

Moventur quartò, bella, captivitates, servitutes dicuntur esse contra naturam §. 2. *Inst. hic. art.* 5. *tr. de jure pers.* ergò Juri gentium non possunt attribui, nisi dicatur dari duplex Jus gentium; aliàs sequeretur, quod idem Jus dictaret contraria.

Moventur quintò per §. 11. *Inst. de R. D.* ubi Jus gentium illud dicitur, quod rerum natura cum ipso humano genere prodidit; ergò datur Jus gentium, aliàs bella, captivitates, dominiorum distinctiones Juri gentium accenseri non possent.

Negativæ subscribunt *Schamb. Inst. h. t. quæst.* 4. *Ludwel. Inst. h. t. n.* 3. *Zoës. ad ff. de J. & J. num.* 33. *Harp. num.* 7. *Covarruv. in cap. peccatum p.* 2. §. 11. *num.* 3. *Clariss. DD. Franc. Inst. h. t. p.* 2. *num.* 5. pro hac sententia.

Facit primò. Quòd in Jure nostro non nisi unius Juris gentium fiat mentio

tio §. 1. & 2. *hic. l.* 1. §. 4. *ff. de J. & J. l. 6. ff. eod.* ergo propriâ authoritate nova divisio statuenda non est, præcipuè quia entia non sunt multiplicanda sine necessitate.

Facit secundò. Quòd aliàs Jus naturale & gentium perperam confunderentur, ut consideranti patet.

Facit tertiò. Quòd ratio naturalis, quæ constituit Jus gentium, tempore variari non possit; ergò datur unum duntaxat Jus gentium, quia ratio naturalis semper manet eadem. Et hoc ipsum fundamentum est, quod me in negativam trahit.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur. Et

12 Primum quidem adminiculò distinctionis eliditur, daretur unius ejusdemque rei videlicet Juris gentium duplex & diversa definitio re ipsâ, *nego minorem*, verbis, *concedo minorem*, & *nego consequentiam. In cit.* §. 2. Non nova proponitur definitio, sed Juris gentium *in* §. 1. definiti origo subjicitur, & effectus, sive exempla proponuntur, quomodò videlicet id, quod naturalis ratio dictavit, in effectum deductum, & executioni mandatum sit.

Secundùm exinde ruit, quòd Jus gentium ibi antiquius dicatur nō ad differentiam alterius Juris gentium minùs antiqui, sed respectu Juris civilis, quò Jus gentium antiquius esse palam est ex §. 11. *Inst. de R. D.*

Tertium prosternitur ex responsione ad primum, sensus enim est, usu exigente, & necessitatibus humanis gentes sibi jura constituerunt, id est in effectū, in praxim redegerunt, quod naturalis ratio priùs à primo ævo dictavit. Jus gentium extitit antequàm bella, captivitates, & distinctiones rerum introductæ fuerunt; sed effectus Juris gentium nondū erat, quia circumstātiæ tēporum non exigebant bella moveri, captivitates fieri, & rerum distinctiones statui. Sanè si primordiali mundi tempore ob rerum dominia reipublicæ tranquillitas per rixas & discordias periclitata fuisset, prout ex post facto contigit, Jus gentium jam tunc extitisset. Rem ab instantia solidè declarat *Schamb. loc. cit.* ponamus, inquit, legem latam, ne quis evehat frumentum sub pœna 100. fac quòd nullus per centum annos in legem impingat, sequiturne exinde legem pœnalem latam non fuisse? Ita quoque in primordio mundi bella non erant necessaria, sequiturne exinde Jus gentium tunc temporis non fuisse? Sanè fuit, puta, in actu primo.

Ad quartum Respondetur, tunc temporis, puta, quando nondum exoriebantur discordiæ, bella, & captivitates fuisse contra rationem naturalem. Ex post facto autem, ubi tranquillitas reipublicæ exigebat moveri bella, & induci captivitates, non tam fuerunt contra naturalem rationem, quàm ex ratione naturali, quæ in necessariis nunquam deficit. Diversus rerum status, & circumstantiæ temporum quandoque faciunt, ut, quod priùs rationi videbatur contrarium, ex post facto conforme censeatur.

Ad quintum Respondetur, non nunquam Jus gentium ratione appellationis cum naturali quodammodo confundi, prout in *d.* §. 11. contingit, quod nos parùm angit: §. 1. enim hic, & *fin. de J. & J.* nec non *L.* 1. *ff. eod.* diligentissimè separantur.

AD VERS. NAM QUOD QUISQUE.

Q Uæritur hic, quid sit jus civile? 13 Respondetur, esse illud, quod quisque populus sibi ipsi constituit, vel quod

quod quævis civitas sibi proprium fecit. Sic jus, quò cives Romani utuntur, Jus civile Romanum: Jus, quò Athenienses utuntur, Jus civile Atheniense: quò populus Austriacus utitur, Jus civile Austriacum vocatur. Illud verò quod una quæque civitas sibi proprium constituit, nomine magis proprio statutum seu jus municipale nuncupatur. *Chlingensp. Inst. h. t. q.* 5. Quoties autē simpliciter sine aliquo adjuncto Jus civile pronuntiatur, toties per aliquā præeminentiam & antonomasiam intelligitur *Jus civile Romanum*; nomen enim æquivocum semper capitur in partem digniorem, & intelligitur in dubio id, quod est præcipuum, sicuti generali Poëtæ pronuntiatione apud Græcos intelligitur Homerus: apud Latinos Virgilius, *text. hic.*

§. CONSTAT AUTEM. 3.

14 Dividitur Jus civile in *scriptum* & *non scriptum*. Illud est, quod expressō summæ potestatis consensu in utilitatem subditorum cōstitutum est. Hoc est, quod tacitō summæ potestatis cōsensu approbatū est, & aliō nomine vocatur cōsuetudo.

Species Juris scripti sex occurrunt, puta, lex, plebiscitum, Senatûs Consultum, constitutio Principum, edicta Magistratuum, responsa prudentūm, *text. hic.*

§. LEX EST 4.

15 Lex relatè spectata, hoc est cum respectu ad statum popularem reipublicæ Romanæ dicitur esse id, quod populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante, veluti consule, constituit; erat enim tunc temporis summa potestas penes populum, qui in comitia vocatus interrogabatur à Magistratu: *velitis, jubeatis Quirites*, & si antiquare legem volebant, respondebant per litteram A. si verò legem probabant, per litteram V. R.

Kees ad instituta. id est, uti rogas. *Vinn. Inst. hic Ziegl. ff. de leg. n.* 3.

Observa hic, statum Reipublicæ triplicem esse, videlicet Monarchiæ, Aristocratiæ, & Democratiæ. Status Monarchiæ est, quando Jura Majestatis, & potestatis resident penes unum & solum. Ut fit in Romano Imperio, Gallia, Hispania, &c. Status Aristocratiæ, quando jura Majestatis & potestatis resident penes optimates, uti apud Venetos, &c. Status Democratiæ est, quando tota Majestas & potestas residet apud populum, prout olim apud Romanos contigit, quando nimirum Reges fuère expulsi. Qui duo posteriores 16 status statui Monarchico longè posthabendi sunt, plures enim imperare malum est, regnumque non capit duos,

Et summo dulciùs unum
Stare loco, sociisque comes discordia regni.

Hinc cùm Darius Alexandrum ad divisionem Asiæ solicitasset, illud in responsum tulit; *nec mundum duos reges tolerare, duo enim si essent soles, incendiò omnia perderentur.* Præterea decantatum satis est, quòd comunio soleat excitare discordias *l.* 77. §. 20. *ff. de Leg. art.* 2. &

Segniùs expediant commissa negotia plures.

Taceo, quod status Monarchicus naturam ipsam vel maximé imitetur; videmus enim ab ipso naturæ ortu apibus unum duntaxat Regem, diei unum solē, & unam nocti lunam præesse.

Itaque tradita legis definitio nō statui Monarchico, qui hodie in Imperio Romano viget, sed democratico, qui tunc temporis erat, consentanea est. Ut moderno tempore, postea quam à populo Romano per legem Regiam, de qua vide *Manz. Inst. h. t.* §. 6. *n.* 8. omnis Majestas, potestasve in Octavianum Augustum translata fuit, lex concinnè definiri possit,

qu ód sit comune præceptum in bonum publicum ab habente poteſtatem ordinatum.

17 Dividitur lex in *præceptivam & pœnalem.* Præceptiva eſt, quâ aliquid abſolutè & ſimpliciter præcipitur, vel prohibetur. Pœnalis, quâ tranſgreſſori Pœna aut mulcta injungitur. Hæc ſubdividitur *in mere pœnalem & mixtam.* Meré pœnalis appellatur, quæ ſolius pœnæ mentioné injicit, abſque hoc, quòd præcipiat aliquid aut prohibeat, veluti ſi dicat legiſlator: *qui exportaverit frumentum, ſex aureis mulctabitur.* Mixtam voco, quæ duo membra continet, in quorum uno præcipitur aliquid aut vetatur, in altero pœna præfigitur tranſgreſſoribus veluti ſi dicat legiſlator: *Nemo deinceps frumentum evehat; qui evexerit, ſex aureis mulctabitur.*

18 Ut lex officium ſuum ſortiatur, deſideratur primò, ut feratur ab eo, qui vim cogendi habet, cùm enim lex ſit præceptum, vana foret legis ira ſine coactis jure & poteſtate. Unde ſuperior ſit ille, qui præcipit, quam, cui præcipitur, neceſſe eſt, par enim in parem non habet imperium *cap. 20. §. de elect. l. 3. §. ult. & l. 4. ff. de recept. qui arbit. Barbos. Axiomat. l. 14. cap. 5. axiom. 6.*

Sic in Monarchia ſummus Princeps veluti in Romano noſtro Imperio Imperator, in Ariſtocratia optimates, in Democratia univerſus populus legis condendæ habet poteſtaté. Imò & Electores, Principes, atque cæteri Imperii ſtatus tam Eccleſiaſtici quàm ſæculares poteſtatem habent condendi leges locales, ſeu provinciales, licèt juri communi contrarias, ſiquidem vulgata regula eſt, quòd quilibet Princeps in ſuo territorio tantùm poſſit, quantum Imperator in imperio *Bart. in L. infamem ff. de publ. jud. Gail. lib. 1. cap. 6. n. 10. de pace publ. clariſſ. D. P. Robert. Konig. tit. 1. de conſtitut. n. 9.* Cæteri dynaſtæ, collegia, communitates, ſeu univerſitates condere jura non poſſunt, niſi ex principis conceſſione expreſſa vel tacita ferendæ legis poteſtatem habeant, *Clariſſ. D. Franz. Inſt. h. t. p. 3. n. 3.*

Secundò requiritur, ut lex ſit juſta, 19 hoc eſt, ſit lata in commune bonum. Unde non illa duntaxat lex juſta erit, quæ verſatur circa materiam honeſtam, verùm etiam inhoneſtam, dummodo legiſlator intendat commune bonum: ſic lupanaria ſive uſus Scortorum permiſſus, uſurarum exercitium licitum, cædes uxoris in adulterio deprehenſæ conceſſa. Tametſi enī iſta in ſe mala ſint, lex tamen juſta eſt, quæ illa permittit, eò quòd perinde intendat commune bonum, ſcilicet ut evitentur mala &c. ſiquidem lupanaria permittit, ut evitentur adulteria, inceſtus, &c. Uſuræ licitæ, ut indigentibus ſuccurratur, cædes adulteræ conjugis conceſſa, ut metu mortis concuſſâ ſacrum matrimonii vinculum inviolabiliter cuſtodiat, nec facile in alterius vota libidini habenas licentius diſpenſet. Vides proinde, quòd iſti actus à lege non foveantur quâ illiciti, nec ab ea præcipiantur, ſed tantum non puniantur, & caſtigentur ad evitanda majora mala. *cap. 1. diſt. 13. Zoëſ. ff. de leg. n. 7. Cla. iſſ. D. Franz. loc. cit. n. 8.*

Tertiò requiritur, ut lex ſit ſtabilis, & perpetua, *cap. fin. ✕ de offic. legat.* unde ſtatuta temporalia legis naturam non obtinent, *Zoëſ. ff. de leg. n. 8. Schamb. Inſt. h. t. §. 4. verſ. requiſita.*

Dices, Viennæ frequenter abrogan- 20 tur leges latæ; ergò non eſt neceſſe, ut lex ſit ſtabilis, & perpetua. Reſpondetur, non hoc ſenſu legem debere eſſe ſtabilé, & perpetuam, ut æternùm duret,

ſed

ſed tam diu, donec reipublicæ utilis eſt; & proficua, ſi talis eſſe deſinat, rectè mutatur.

1 Quartò ad legem requiritur publica & ſolemnis promulgatio ſive per præconem, ſive aliò modò idoneò facta *l. 9. eod. de leg. nov. 66. cap.* 1. ratio, quia lex eſt regula humanorum actuum, quæ non dirigit, niſi applicetur, applicatur autem per promulgationem, ut obligare nequeat, niſi iis ſufficienter propoſita quibus fertur, cùm ad incognitum nemo teneatur, *Zoeſ. loc. cit. n.* 10. & ametſi promulgatio ſolenniter facta ſit, ex tamen ante lapſum duorum menium à facta publicatione, niſi aliter à rincipe determinetur, non obligat *de ov. cap.* 1. his verbis: *ut autem apertiùs ahuc cauſa declaretur ſancimus, ſi ſcripi fuerit, hujuſmodi lex, hanc poſt duos enſes dati ei temporis valere. Suarez. lib. de ll. cap.* 15. *num.* 10. *Haunold. d. J. J. tr.* 1. *cap.* 1. *cont.* 2. *n.* 14. *P. Engl. l tit. conſtit.* §. 4. *num.* 64. *Clariſſ. D. Konig. h. t.* §. 9. *num.* 20. *Menoch. lib. arbitr. caſ.* 185. *n.* 7.

Quæres primò, an lex ante promultionem obliget eum, qui ſcit eam eſ conceptam? Reſpondetur negative. *eſ. ff.* 65. *loc. cit. n. n.* 11. *P. Engl. n.* . *Menoch. loc. cit. num.* 20.

atio prima, quia de ſubſtantia legis , ut promulgetur; ergò ante promulionem vim & effectum legis non ha-, adeòque non obligat. *Argum d. l. od. de. ll.*

atio ſecunda, quia lex eſt præcep- commune; ergo non debet unum gare præ ceteris, eique libertatem conceſſam auferre.

on obſtat, *cap.* 1. *de poſtulat. Prælat.* in hæc verba reſcribitur: *Sufficit, ut nſtitutionis obſervantiam teneatur, noverit eam ſolemniter editam, aut publicè promulgatam.* Ergò obligat ante promulgationem; ſufficit enim, quòd edita, hoc eſt concepta ſit. Reſpondetur, ſenſum legis eſſe, quòd ſufficiat, ſi legem eſſe editam vel promulgatam noverit, & non requiratur ad hoc, ut obliget, ut ſingulis per mandatum ſpeciale inſinuetur.

Poſſis etiam dicere, ly *aut* ſumendum eſſe pro *ſeu*, ut ſenſus ſit, cùm conſtitutio ſolenniter editur, ſeu publicè promulgatur. Ex dictis,

Colliges, quòd is, qui ex privata notitia pretium tritici paulo poſt minuendum, aut valorem monetæ ſcit decreturum, ante promulgationem legis triticum currenti pretiò vendere, aut monetam eò valore, quò defacto currit, expendere poſſit, talis enim non agit contra novam legem, utpote quæ necdum nova dici poteſt, quia nondum promulgata, nec etiam agit contra Juſtitiam, aut æquitatem. Non contra juſtitiam: quia utitur jure ſuò nec alterum lædit, quia emptor non habet jus, vi cujus venditori dari poſſet minus pretium. Non contra æquitatem, quia ſervatur æqualitas inter mercem, & pretium, nam, uti ſuppono, rem vendidit, eò pretiò, quo vendi ſolet. *Confer. Meno h. de arbitr. lib.* 2. *caſ.* 185. *n.* 20. *& ſeq.*

Dices, qui ſcit privatim & ſolus, vinum, quod vendit, non diu manſurum in ſuo vigore, non poteſt currenti pretiò vendere: *L.* 13. *de act. empt.* ergò etiam qui ſcit monetam non diu manſuram in ſuo valore, non poterit eam præſenti valore expendere. Reſpondetur concedendo antecedens, negando conſequentiam. Diſparitas eſt, quòd in priori caſu ſubſit vitium internum, ad quod indicandum venditor tenetur, in poſteriori verò caſu ſubeſt tantum vitium externum ſcilicet æſtimationis, quæ de-

pendet à taxatione Principis.

Quæres 2. An acceptatio subditorum ad valorem legis requiratur.

Dixeris prima fronte requiri. Ita re-ipsa docent *Clariss. D. P. Konig. ad tit. de constit.* §. 9. *n.* 11. *Navar. de constit. con-sil.* 1. *quæst.* 1. *à Sometting. Inst. h. tit. num.* 76.

Moventur primò, *per can.* 3. §. *leges. distinct.* 4. ubi in hæc verba rescribitur: *leges firmantur, cùm moribus utentium approbantur.*

Secundò: *per l.* 32. §. 1. *ff. de LL.* ubi dicitur: *leges nullâ aliâ ratione nos tenent, quàm quòd judiciô populi receptæ sunt.*

Tertiò, Quia quotidie auribus nostris percipimus, quòd nonnullæ leges etiam Ecclesiasticæ non sint receptæ, v. g. hæc Bulla non est recepta, hæc etiam non, item Concilium quoque Tridentinum non est receptum in Gallia, neque in Hungaria; ergò patet, quòd lex non obliget, nisi acceptetur.

Verùm his argumentis ita non moveor, quin potiùs statuam, acceptationem subditorum ad valorem legis nequaquam requiri; ita docent, *Molina de J. & J. disp.* 23. *Laym. Theol. Mor. lib.* 1. *tr.* 4. *cap.* 3. *n.* 1. *Glettle Jurispr. fundam. lib.* 1. *tit.* 2. *cap.* 4. §. 7. *num.* 16. *Engl. loc. cit.* §. 4. *n.* 68. *Zoës. de lo. n.* 13.

Ratio sola, sed solida est, quòd Princeps habeat potestatem obligandi, quâ utique careret, si subditorum acceptatio ad efficaciam legis requireretur.

23 Ad primum respondetur, primò quòd adductus textus §. *leges* sit Gratiani, cujus authoritas non habet vigorem legis. Respondetur secundò, leges firmantur: cùm moribus utentium comprobantur firmitate accci dentali extrinsecâ, conceditur, substantiali & intrinsecâ, negatur. Id saltem mores utentium operantur, ne lex desuetudine & consuetudine contraria evertatur.

Ad secundum respondetur, illam le- 24 gem intelligendam esse de statu democratico, quando scilicet potestas leges ferendi penes populum Romanum fuit.

Non obstat, quod reponunt antagonistæ videlicet *d. l.* 32. de eo tempore loqui, quò vixit JCtus Julianus author *d. l.* 32. atqui JCtus vixit tempore Monarchiæ Antonini Pii, & Adriani *l.* 2. *ff. de orig. Jur.* ergò. &c.. Siquidem retorquetur argumentum, etiam tempore Monarchiæ Justiniani Tribonianus in §. 4. *hic.* legem definivit, *quam populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante constituit*, nô tamê hæc definitio Monarchiæ convenit, sed qualis in Democratia lex fuerit, insinuare voluit, ergò etiam Julianus significare voluit, qualis lex tempore præterito valida fuerit.

Ad tertium respondetur, non hoc sensu Concilium Tridentinum dicitur non esse receptum, quòd acceptatio populi intervenerit, sed quia gravamen obtinet, nec *S.* Pontifex acceptationem urget, quam si urgeret, etiamsi populus recusaret, tamen lex obligaret, cum verò illam non urgeat, dicitur suspensa.

Quæres tertiò. an ad substantiam legis sive Juris scripti, requiratur scriptura?

Prò affirmativa stant hæc fundamenta.

Primò, quia lex à legendo deducitur, ergò debet in scripturam redigi, aliàs legi non potest,

Secundò in §. *singulorum* 11. *Inst. de R. D.* dicitur *Civilia jura tunc esse cœperunt, cùm civitates condi, & leges scribi cœperunt.* Ly *scribi aperte* denotat ad legis substantiam requiri scripturam.

Tertiò.

Tertiò. *In. humanum* 8. *Cod. de LL.* **dicitur**, legem dictari debere; ergò de**bet** etiam scribi, quia dictatura est præ**ambula** ad scripturam, dictare enim ni**hil est** aliud, quàm tractim aliquid pro**nuntiare**, ut calamò excipi possit.

Quartò. Sententia judicis non valet **nisi** scripta. *L.* 2. *Cod. de sent. ex peric. re***cit.** Ergo etiam legis promulgatio non **valebit**, nisi scripta.

Quintò. Albedo est de essentia muri al**bi**; ergo etiam scriptura est de essentia **Juris** scripti.

25 His nihil moventibus negativæ subs**cribo**, quam tuentur, *Harp.* §. 6. *Inst. h. t. n.* 34. *Hunn. var. resol. lib.* 1. *tr.* 1. *q.* 22. *Zoës. ff. de LL. n.* 14. *Bachov. inst. h. t.*

Primò, quia Jus scriptum illud est, quod expressò summæ potestatis consensu inutilitatem subditorum cõstitutum est; ergò scriptura non est de essentia Juris scripti, cùm ille consensus sine scriptura etiam vivâ voce promulgari possit.

Secundò, quia Lacedemonii leges nunquam in scripturam redegerunt, sed memoriæ mandârunt, §. 10. *Inst. h. t.* imò teste Plutarcho in vita Licurgi in aliqua lege disertè cautum fuit, ne leges in scripturam redigerentur, & tamen Lacedemonii Jure scriptò utebantur, quia sine expressò Spartanorum consensu, quos de singulis legibus rogârunt, non valebant; ergò Jus scriptum sine scriptura datur.

Non dicas Lacedemoniorum leges tantum consuetudines fuisse? quia ad consuetudinem requiritur (ut alia requisita sileam, ex quibus luculentum fieret consuetudines non fuisse) tacitus populi consensus, atqui diximus, expressum Spartanorum consensû necessarium fuisse; Ergò &c.

Tertiò, quia Jus scriptum extitit, antequàm scripturæ, & litterarum peritia adinventa fuit, quoniam cum ipsis civitatibus cœpit §. 11. *de Inst. R. D.* sed nemo negat litterarum inventionem origine civitatum esse juniorem, ergò.

Argumenta contraria Cleantis ad Lucernum composita non sunt, & quidem

Primum exinde convellitur, quòd 26 etymon legis non à legendo, sed ligando descendat. Et dato, non concessò, legem à legendo deduci, non tamen sequitur necesse esse, ut legatur, & sic adminiculò scripturæ promulgetur, quia legere etiamsi seligere significat, ut lex plurimis regulis quasi selecta esse dicatur.

Ad secundum Respondetur, ly, *scribi* sumendum esse pro sanciri, implicat enim in memorato textu pro ratione scripturæ sumi posse, cùm tunc temporis ars scribendi nondum extiterit. Accedit, quòd verbum *Graphein* non semper scribere significet, sed decernere, sancire, statuere.

Ad tertium Respondetur *d. l,* 8. non esse necessitatis; sed voluntatis, si scilicet placuerit, leges dictare & in scripturam redigere. Sanè videas hodie plerumque adminiculò scripturæ leges promulgari, non tamen scitè dixeris, id fieri ex necessitate.

Ad quartum Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam. Differentiæ ratio est, quia scripturâ in sententia judicis non interveniente Judice daretur occasio sententiam, quam tulit, mutandi, aut corrigendi, utpotè quòd in publicatione sententiæ subinde contingat, non adesse frequentiam hominum. Secus est in lege, ubi mutatio facilè metuenda non est, cum leges publice ferantur & universo populo intimentur, ut nullum subsit periculum,

fore, ut mutetur, emendetur, aut corrigatur.

Quintum argumentum philosophorum responsum meretur, enim verò ut lex concretivè scripta dicatur, utique opus est scripturâ, sed negatur suppositum, illud Jus scriptum appellari, quod in scriptura, sed quod expressò consensu summæ potestatis consistit.

27 Effectus legis est obligatio ad ejus observantiam *l. 2. ff. 3. Cod. de LL.* Et quidem de facto lex omnis propriè dicta obligat etiam in foro conscientiæ, ita ut hoc aliquibus videatur esse de fide. *Suarez. lib. 3. de LL. cap. 22. num. 9. Clariss. D. P. Konig. lib. 1. tit. 2. num. 33.* Ratio est, quia subditi tenentur etiam in conscientia obedire suis superioribus justa præcipientibus, idque ex præcepto divino, & naturali, nam ut ait *Apost. ad Rom. 13. qui potestati* (intellige humanæ) *resistit, DEI ordinationi resistit qui autem resistunt, ipsi sibi damnationem acquirunt.*

28 Excipitur lex purè pœnalis, & mixta, in quantum pœnalis est, hæ enim leges non obligant ad pœnam ante sententiam Judicis declaratoriam. *L. 29. in ff. de Jure Fisci c. 19. §. fin. de Hæret. in 6.* Ratio, quia non videtur rationi consentaneum, ut reus sit sui ipsius accusator, & pœnæ suæ proprius ultor & executor. *Covar. in Epitom. p. 2. c. 6. §. n. 10. P. Engl. §. 3. ad tit. de constit. num. 42.* Confer *Glettle p. 1. select. quæst. 3. & 4.* Ubi solidè discurrit, quæ lex & qualiter in foro conscientiæ obligationem ponat.

29 Secunda juris scripti species est plebiscitum, quod illud esse dicitur, quod plebs plebejo Magistratu interrogante constituebat. Quemadmodum enim Senatorius Magistratus à populo universo legem: ita Magistratus plebejus veluti Tribunus à plebe plebiscitum rogabat. His fortè verbis. *Quid fieri velitis vos Quirites rogo,* & plebs respondebat, *sic volumus, jubemúsque.* Differt plebs à populo sicuti pars à toto: appellatione populi siquidem universi cives, & simul etiam patricii designantur: vocabulò plebis verò cives reliqui sine patriciis designantur, *text. hic.*

§. Senatus Consultum 5.

Tertia Juris Civilis Romani species est Senatus Consultum, diciturque illud, quod Senatus jubet, atque cõstituit. Causa quòd introductum fuerit, & ratio est, quòd difficile esset populum Romanum, qui vehementer auctus fuerat, in unum convocare, ut proinde Senatus locò populi consuli inceperit. *tex. hic.* 30 31

§. Sed et Quod. 6.

Quarta Juris scripti species est principis placitum, seu constitutio principis; quod enim Principi placet animò condendi legem, legis habet vigorem.

Constitutio Principis alia est generalis, alia specialis. Constitutio generalis est, quæ omnes Principis subditos ligat. Hujus constitutionis tres occurrunt species, rescriptum, decretum, edictum.

Rescriptum est responsum, quod Princeps ad supplicationem vel epistolam consulentium emittit. Exempla rescriptorum reperire est in *§. ult. de his, qui sui vel alieni Juris sunt §. 4. Inst. de fidejuss. Harp. n. 25. hic. Manz. n. 17.* 32

Decretum est sententia, qua Princeps causam inter subditos controversam determinat.

Dubitatur, an vim Juris universalis habeat? Respondetur, interesse, an sit sententia definitiva, an interlocutoria. 33

Definitiva vim legis universalis habet. *l. fin.* 34

l. fin. in pr. Cod. de LL. & l. 1. §. 1. ff. de constit. Princip. Hæc enim est instar regulæ, & libræ Architectonicæ, quam Judices inferiores sequantur. *Manz. n. 21. hic Clariss.* D. *Franz.p.3. Inst.h. t.* §. 10. *num.* 35. Interlocutoria vim Juris universalis non aliter obtinet, quàm si Princeps specialiter expresserit, se animò condendæ legis interlocutum esse, alias enim de mente legislatoris per solam interlocutionem constare non posse. Et sic in concordiam reducuntur text. *in l.* 1. §. 1. *ff. de const.princ.* & *l.* 3.*Cod. de LL. à Clariss. D. Franz. loc. cit. n.* 34. *Hahn. ad Wesenb. ff. de constit. princ. num.* 1. Confer. *Harp. hicn.* 5.

35 Edictum est illud, quod princeps motu propriò ad bonum & felicitatem reipublicæ constituit. Dico *motu propriò*, hoc est, nemine petente, solà utilitate publicà id suadente. Principis enim officium exigit, ut omni tempore subditorum commoda investiget, *l.* 23. *in pr. Cod.de nupt.* Hinc Imperator noster laudatissimus *Nov.* 8.*in præf.* ipse de se profitetur, quòd multas noctes insomnes ducat, ut subditis paret tranquillitatem.

36. Constitutio particularis vocatur alio nomine privilegium, & definitur, quòd sit lex privata speciale quid concedens. *Zoës. ad Jus canon. de Privileg. & Excess. privileg. num.* 1. *Clariss. D. P. König.h. t. n.* 3.

Dices, Privilegium nō est lex, sed exceptio à lege; ergò minùs rectè dicitur lex esse. Respondetur distinguendo antecedens, privilegium non est lex respectu ejus, cui concessum est, concedo antecedens, respectu aliorum, nego antecedens, & consequentiam. Tametsi privilegium non sit lex respectu illius, cui competit, hunc enim regulariter excusat ab obligatione legis, est tamen respectu aliorum, quos obligat, ne privilegiarium impediant ab usu sui privilegii.

Instabis. Si privilegium omnes obligat extra privilegiatum, non est lex privata sed cōmunis, ergò malè definitur, quòd sit privata. Respōdetur distinguēdo antecedens, non est lex privata, sed communis, si commune omnium bonum proximè concernat, esto, si pro fine suo proximo habeat bonum privatum, nego antecedens, & consequentiā. Lex cōmunis illa dicitur, quæ pro fine suo proximo habet bonum commune; hunc finem cùm privilegium non intendat, dicitur lex privata. *Clariss. D. Franz. Inst. h.t. p.* 3. §. 10. *num.* 37.

Dividitur privilegium in reale, & personale, *l.* 196. *ff.de R.J.* ubi in hæc verba rescribitur: *Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ, & ideo quædam ad hæredes transmittuntur, quæ causæ sunt, quæ personæ sunt, ad hæredes non transeunt.* 37

Reale vocatur, quod proximè inhæret rei, vel personæ competit, ob causam realem primario concessum est. Personale est, quod proximè inhæret personæ, ita ut eum ea extinguatur.

Sanè ut intelligas, an privilegium reale sit, an personale, res magnæ utilitatis, sed difficultatis est non exiguæ. Tu sic collige. Vel privilegium proximè affigitur rei à personis distinctæ, vel tribuitur persōs quà talibus. Privilegium prioris generis reale est, adeòque si Ecclesiæ, monasterio, fundo, universitati conceditur privilegium, id reale dicitur, quia ipsi rei proximè inhæret. Sic quoque privilegium, vigore cujus domus aliqua eximitur à quarteriis, à tributis vel steuris, reale est, consequenter ad hæredes, & successores transit, *d. l.* 196.

Privilegium posterioris generis quandoque reale, quandoque personale est. Reale est, quando ob causam realem tribuitur,

buitur. Personale est, quando personis tribuitur ob causam aliquam personalem. Ut ecce! Clerici, Senatores, Decuriones, item Doctores legum sunt imunes à sordidis muneribus. Hoc privilegiū erit personale, atque adeò non transitoriū ad hæredes, competit enim hoc privilegium ob qualitatem personalem, puta clericatum, dignitatem Senatoriam, professuram &c. quæ sunt qualitates personales, atq; personis ita inhærent, ut inde avelli nequeant. Contrà privilegium, quò gaudet minor, ita ut lubrico ætatis læsus restituatur in integrum, dicitur reale, quia ob causam realem, puta ob læsionem, & ut damnum avertatur à patrimonio, tribuitur, & hinc privilegiū restitutionis in integrum concessum minori transit ad hæredes. *L. 6. ff. de integr. restit.* Item privilegium SCti Vellejani reale est, quia caussa privilegii immediatè non est persona mulieris, sed ipsa deceptio, vel læsio, unde hoc privilegium & hæredi prodest.
38 *L. 20. Cod. ad SCtum. Vell. Zoës. ff. cod. n. 5. Menoch. de præs. lib. 3. præs.* 104. *n.* 17.

Dices, privilegium Doctoratûs, Clericatûs, Senatoriatus, &c. est reale, quia ad omnes Senatores, Doctores & Clericos transmittitur, ergo falsum est, quòd, ut dictum, sit personale. Respondetur privilegium Doctoratûs, Clericatûs &c. posse dupliciter considerari, primò quatenus dignitati annexum est, & sic reale erit. Secundo quatenus personæ habenti dignitatem doctoralem annexum est, & hoc respectu erit personale, nec transmissibile ad hæredes. Confer. *Zoës. ad decretal. de privileg. & excess. privilegiat. n.* 5.

Sin ex dictis dignoscere nequeas, privilegium personale, an reale sit, formam verborum spectare necesse est. An videlicet verba in rem, an in personam directa sint. Si verba in rem directa sint: v. g. si Cistercìensibus, si Episcopis Viennensibus privilegium, ne solvant decimas concessum sit, reale erit: quia censetur loco, vel sedi concessum. Si verba diriguntur in personam, refert, an nomen dignitatis, an nomē proprium sit præmissum. Si nomen dignitatis v. g. si tibi Episcopo Salisburgēsi Cajo privilegiū datum sit, reale erit; censetur enim dignitati concessum. Si nomen proprium sit præfixum v. g. si tibi Cajo Episcopo Salisburgensi concessum sit privilegium, personale erit; quia censetur personæ tributum. Sic quoque privilegium alicui ratione eminentis doctrinæ concessum, personale erit, eò quòd ob qualitatē personalē concessum sit. Item privilegium competentiæ, quod habet maritus, patronus, socius, donator, &c. Personale erit, quia proximè respicit personam. *Zoës. ff. de constit. n.* 17. *Menoch. loc. cit. præsumpt.* 104. *per tot.*

Quòd si denique his omnibus consideratis adhuc dubius hæres, suspenso similis, videndum est, an sit odiosum v. g. contra jus commune, aut tendat in alterius præjudicium, an verò sit favorabile continens meram gratiam, citra alterius præjudicium. Priori casu censebitur personale, quoniam odia restringenda sunt, & quæ à Jure exorbitant, non debent trahi in consequentiam, *cap. odia* 15. & *cap. quæ à Jure* 28. *de R. J. in* 6.

Posteriori verò casu reale dicendum est, beneficia enim principum latissimè 39
interpretanda sunt, *L. 3. ff. de constit. princip. Engl. ad tit. de privileg. & excess. privileg. n.* 4.

Dividitur secundò in privilegium gratiosum, remuneratorium, & conventionale. Gratiosum est, quod gratis tribuitur nullâ habitâ ratione meritorum, vel obligatione reciprocâ privilegiati. Remuneratorium est, quod alicui propter benè merita datur. Conventionale, quod conceditur interveniente pactò vel conventione.

Dividi-

Dividitur tertio privilegium in favorabile & odiosum. Favorabile est, quod merissimum favorem ipsius privilegiarii respicit, nullique parit incommodum aut præjudicium. Tale est privilegium dispensandi, celebrandi ante auroram, vescendi carnibus tempore quadragesimæ, portandi catenam auream, &c. odiosum dicitur, quod quidem privilegiarii favorem respicit, sed tamẽ redundat in aliorum gravamen, v. g. si cuidam concedatur licentia exigendi decimas, aut collectas extraordinarias. *Glettle select. quæst. p. 1. q. 5. n. 1.*

40 Quæstio prima. An privilegium statim à tempore collationis, (sive (ut ajunt) à die datæ effectum suum habeat, an tunc demùm, quando privilegiarius concessi privilegii notitiam acquirit, illudq; acceptat? Respondetur privilegia motu propriò, & voluntate libera principis concessa secernenda esse ab iis, quæ conceduntur ad instantiam partis. Privilegia prioris generis non sortiuntur effectum, antequã de iis constet privilegiario, quia donationis naturam sapiunt, quæ ante notitiam & consensum donatarii completa non censetur. *L. qui absenti 38. ff. de acq. poss. & l. absent. ff. de donat.* Equidẽ potest princeps de absoluta potestate privilegium concedere etiam invito; quia cùm ex gravi & justa causa invito auferre Jus quæsitum possit, non apparet, quare conferre invito privilegium non possit?

Privilegia posterioris generis quandoque valent, antequam privilegiario de iisdem constet, quandoque non valent. Vel enim privilegiũ potest esse utile privilegiario, esto ejus notitiam non habeat, vel non potest esse utile. Si potest, statim, quando concessum est, valet, licèt de cõcessione privilegiario nondum constet, quia hóc ipso, quòd per nuntium aut procuratorem privilegium urgeat, antecedenter censetur id acceptare, adeoque sicut donatio per acceptationem antecedentem completur, ita & tale privilegium. Sin utile esse non potest, ante vim non obtinet, quam privilegiarius ejus acceperit notitiam, cùm princeps non sciat utrum acceptare velit, nec ne. Ut ecce! Urges per procuratorem & nuntium licentiam contrahendi matrimonium cum Berta consanguinea tua, privilegiò hoc juvaris, esto nescias, tibi concessum esse; adeoque si ante notitiam ejus contrahas cum Berta, peccas quidem, matrimonium tamen tenet.

E contra impetras per nuntium exemptionem à lege jejunii, privilegiò hoc non ante juvaris, quàm de eo tibi constet, quia non antè tibi potest esse proficuum, cùm ante notitiam ejus omittere jejunium absque peccato nequeas. Confer. *Zoës ad decret. tit. de privileg. n. 26. Clariss. D. P. Konig. ibid. num. 23. Pater Engl. eod. tit. num. 12. Menoch. de arbitr. cas. 185. num. 46.*

Quæstio secunda. An privilegiatus utatur suo privilegio contra privilegiatum? Tametsi difficilis sit & ardua isthæc quæstio, Jurisque Tyronibus non videatur explicanda, attingenda tamen est, quia in ipsis institutionum pirncipiis frequenter occurrit. Itaque si duo privilegiati simul concurrant, referre existimo, an paria sint utriusque privilegia an diversa?

Si paria sunt utriusque privilegia, tunc privilegiatus gaudet suò privilegio cõtra æquè privilegiatum. Ut ecce! Absens reipublicæ causâ v.g. Legatus, Ambasciator, &c. hoc habet privilegium, ut restituatur in integrum, si ex absentia sua læsus sit. *L. 1. & 4. ff. ex quib. caus. major.* Jam fac, quòd absens reipublicæ causa ab æquè reipu- 41

blicæ causâ absente læsus sit. Hoc in casu privilegiatus gaudet suô privilegiô, & restituitur contra pariter absentem reipublicæ causâ. *L. fin. ff. eod.* & ibi *Brunnem.* Ex codē fonte suâ sponte fluit, quòd Ecclesia, quæ gaudet privilegiô non solvendi decimas, eôdem privilegiô utatur contra aliam Ecclesiam pari privilegiô munitam. Item quòd Ecclesia non præscribat contra Ecclesiam nisi spatiô quadraginta annorum. Et denique quòd nobilis (si v. g. statutum vigeat, ne nobiles propter debita in carcerem conjiciantur) gaudeat suô privilegiô, & ab altero nobili in carcerem detrudi nequeat. *Zoës. ad decret. tit. de privil. num.* 27. *Covarr. ad cap. possess. p.* 2. *num.* 4.

Dices: Si minor dederit minori pecunias, mutuas, easque accipiens dissipaverit, tunc dans non gaudet beneficiô restitutionis in integrum. *L.* 11. *§. pen. ff. de minor.* 25. *annis Zoës. ff. ad SCt. Vell. n.*25. *Brunnem. in d. l.* 11. *§. pen. n.* 12. Ergò falsum est, quòd privilegiatus gaudeat suô privilegiô contra pariter privilegiatum, si paria sunt utriusque privilegia. Respondetur, nostram decisionem tunc demùm procedere, si ille qui vult uti privilegiô, certet de damno vitando, & alter de lucro captando. Secùs verò, si ille, qui vult uti privilegiô, certet de lucro captando, & alter de damno vitando: hoc enim casu privilegiatus non utitur suô privilegiô contrà æquè privilegiatum. *Zoës. & Brunnemann. loc. cit*

Si privilegia sint diversa, ut unum alteri resistat, & unus privilegiatus concurrat cùm suo privilegio cum privilegiato ex alio privilegio, tunc privilegiatus contra privilegiatum non utitur suô privilegiô. Ut ecce! Filius familias habet privilegium SCti Macedoniani, & minor habet beneficium restitutionis in integrum. Jam fac, filius familias à minore acceperit mutuum, & pecunias dissipaverit. Hoc in casu filius familias non gaudet suô privilegiô. *d. l.* 11. *§. fin. ff. de min.* Item mulier gaudet privilegiô Senatûsconsulti Vellejani, & minor, ut dictum, beneficiô restitutionis in integrum. Jam fac, quòd mulier apud minorem fide jusserit. Hoc in casu mulier non gaudet beneficiô SCti Vellejani, *L.* 12. *ff. eod. Zoës. ff. h. t. num.* 52. *Manz. de fidejuss. cap.* 3. *num* 25.

Dices, si minor filiofam. majori dederit mutuum, tunc gaudet beneficiô restitutionis in integrum, *d. l.* 11. *§. fin.* ergò privilegiatus gaudet suô privilegiô contra privilegiatum, etiamsi diversa sunt privilegia. Respondetur concedendo antecedens, distinguendo consequens; ergo privilegiatus gaudet suô privilegio contra privilegiatum, etiamsi diversa sunt privilegia, casu quo unum privilegium alterô non est fortius, & potentius, nego, in casu quo unum privilegium altero est fortius & potentius, concedo consequentiam. Privilegium restitutionis in integrum est potentius, quàm beneficium Senatusconsulti Vellejani, major enim habetur ratio ætatis, *d. l.* 11. *§. fin. Zoës. loc. cit. num* 25. *Brunnemann. in d. l.* 11. atqui quando concurrunt duo privilegiati, is præfertur, qui privilegium potentius habet. *Menoch. de præsumpt. p.* 72. *l.* 2. *n.* 21.

Quæstio tertia, quibus modis amittantur privilegia? Respondetur variis modis amitti. 42

Primò amittitur privilegium per interitum personæ, si personale, aut rei, si reale sit, adeoque si persona moriatur, aut res pereat, puta, si dignitas, ac officium pereat, cessat privilegium, *cap.* 7. *de R. l. in* 6. *cap.* 25. *ℵ de V. S.* ratio corruente principali, corruit accessorium.

rium. Cæterùm si sit spes rei, quæ fortè per ruinam, bellum, vel alium casum periit, refectionis, tunc si res reficiatur conservantur privilegia, & reviviscunt *L. ædе sacra 73. ff. de contrah. empt.* ubi æde hac sacrà terræ motu dirutà, locus ædificii non fit profanus. *P. Engel loc. cit. num. 14. Pirrhing. ad Ius Canon. tit. de privil. sect. 6. §. 6. D. P. Konig. loc. cit. n. 26.*

Quæstio quarta. An per mortem concedentis amittatur privilegium? Resolutivè dicendum, quòd non, gratiæ enim semel concessæ etiam re integrâ morte concedentis non expirant, *cap. si super 6. de off. deleg. in 6. cap. si cui nulli 36. de præbend. in 6.* Accedit, quòd privilegium sit species donationis, quæ non finitur morte donantis. *Zoës. ad Ius Canon. loc. cit. num.* 30. Unde habens privilegium à S. pontifice, vel Episcopo absolvendi à reservatis, dispensandi in certis casibus, eodem fruitur etiam post mortem S. Pontificis & Episcopi.

Secundò amittitur privilegium per temporis lapsum, ad quod privilegium est restrictum *cap. 4. de off. deleg.* Nam ad tempus concessa, post tempus censentur negata. *L. Thais 41. §. 1. de fidei-commiss. libert.*

Tertiò amittitur privilegium cessante causâ finali, ob quam datum est, juxta decantatam regulam, quòd cessante causâ, cesset effectus, *cap. 40. de appellat.*

Illud notandum ad hoc, ut causa finali cessante, etiam esset privilegium, requiri, ut causa finalis non cesset negativè, sed contrariè. Negativè cessare dicitur causa finalis, quando illa causa non ampliùs existit, usus tamen privilegii non est injustus, aut redundans in præjudicium privilegiati. Contrariè cessare dicitur causa finalis, quando circumstantiæ ita mutantur, ut usus privilegii evadat iniquus, aut cedat in detrimentum ipsius privilegiati.

Casus, in quo causa finalis privilegii cessat negativè, talis figurari potest: alicui monasterio concessum est privilegiũ non solvendi decimas, & quidem propter inopiam, quâ tunc temporis laborabat. Posteà monasterium factum est dives, & abundè habere cæpit, quæritur an cesset privilegium? Respondetur negativè, nam licet causa cessaverit, ut hoc statu idem privilegium non concederetur, concessum tamen rectè conservatur citrà injustitiam, quia factum semel legitimè non debet retractari licèt ad casum devenerit, à quo inchoari nequit, *cap. 74. de R. I. in 6.*

Casus, in quo causa finalis privilegii cessat contrarie, talis est: alicui Ecclesiæ debentur certæ decimæ, istæ remittuntur, quia Ecclesia tempore remissionis dives erat, postea mutato rerum statu Ecclesia eò paupertatis delabitur, ut alimentis deficiat, hoc in casu cessat causa finalis cõtrariè, quia usus privilegii redditur iniquus, & redundans in detrimentum ecclesiæ. Pariter ex eadem ratione privilegium comedendi carnes cessat, ubi causa privilegii, puta, ægritudo corporis recessit. *Zoës. ad Jus Canon. num. 33. Engl. loc. cit. num. 20. Gonzalez. in cap. 9. ✕ de decimis & cap. 16. de cleric. non resident.*

Quartò expirat privilegium per revocationem privilegium concedentis, qui enim gratiam fecit, gratiam revocare potest. *Panormit. in cap. novit. n. 25. & num. 28. de judiciis. Gail. l. 2. observ. 60. n. fin.* Hoc tamen suas patitur limitationes.

Primò enim revocari potest privilegium, si sit subdito concessum, non verò si non subdito concessum sit privilegium, & ab illo acceptatum, hoc enim casu revocari non potest; ratio, quia transit in cõtractum, & jus privilegiario

quæsitum est, quò non potest privari per alienum principem, cui non est jus privandi rebus suis legitimè acquisitis sibi non subjectum. *Zoes. loc. cit. num.* 39. *Clariss. D. P. Konig. ad tit. de Privil. mum.* 28. ubi infert, privilegium à principe laico concessum ecclesiis. & piis causis, non amplius posse revocari.

Secundò procedit quartus modus amittendi privilegium, si id sit gratis concessum, & maneat in pura ratione privilegii, tunc enim à concedente revocari potest; ratio, quia privilegium, ut vocant, merè gratiosum, quod videlicet manet in pura ratione privilegii, non transit in dominium subditi, atque ita semper pendet ex voluntate principis, qui proinde id pro libitu & arbitrio revocare poterit, tametsi decenter id fieri non posse, doceat, *Pirrh. in compend. Iur. can. ad tit. de Privileg. Sect. 6.* §. 4. eò quoniam quod semel placuit, displicere amplius non debet. *cap.* 21. *de R. I. n* 6.

Quòd si privilegium transeat in pactum vel contractum, uti privilegium conventionale, & remuneratorium, à principe sine urgentissima causa revocari non potest, eò quòd princeps nemini debeat sine justa causa Jus quæsitum tollere *P. Engl. loc. cit. n.* 9. *Zoes. loc. cit. n.* 30.

Quintò extinguitur privilegium per renuntiationem, id est voluntariam abdicationem Juris sibi concessi; ratio, quia invito non datur beneficium, & favori, pro se introducto, quilibet potest renuntiare. *L. pen. Cod. de pact.*

Sextò expirat privilegium per non Usum. Non usus verò duplex est, negativus, & omissivus. Negativus vocatur, cùm quis ideò privilegio non utitur, quia occasio utendi se non offert. Omissivus, cùm quis privilegio non utitur tempore habili, & opportuno. Non usus negativus nunquam sufficit ad amissionem privilegii. *Arg. l.* 34. §. 1. & *l.* 45. *ff. de S. R. P.* ubi dicitur quòd ille, qui ideò aquam non duxit longo tempore, quia fons exaruit, non amittat Jus aquæ ducendæ; ergò etiam, qui ideò privilegio non utitur, quia occasio utendi se non offert, privilegium non amittet. Necesse proinde est ad amissionem privilegii, ut non usus omissivus concurrat, hic enim solus ponit voluntatem internam carendi privilegio, *Argum. l.* 10. §. 1. *l.* 19. *ff. quemadmodum servit. amitt.* Confert. *Glettle select. quæst. part.* 1. *quæst.* 5. *per tot.* ubi more suo solidé hanc materiam discutit.

§. Prætorum 7.

34 Quinta species Juris civilis scripti sunt edita Prætorum, quæ definiri possunt, quòd sint jus adjuvandi, supplendi, aut corrigendi Juris civilis gratia à Prætoribus propositum. *Text. hic.* & *in l.* 7. §. 1. *ff. de I.* & *I.* Hodie Juris civilis aut nulla, aut exigua differentia est; vide tamen latâ manu hac de re disserentem *Manz. Instit. hic Bachov.* & *Ludw. ibidem.*

§. Responsa 8.

44 Sexta juris civilis scripti species sunt Responsa *Prudentum*, quæ nihil aliud esse dicuntur, quam sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere. *Text. hic.* Antiquitus enim quibusdam à sacratissimis Principibus data potestas erat, interpretandi jura & leges, idque, quod responderunt, tantam vim habuit, atque auctoritatem, ut Judici recedere à responso prudentùm non liceret. *Manz. n.* 11. *hic.* Hodie Responsa JCtorum non vim legis, sed nudam habent probabilitatem, ut proinde cuique eorum tantum credendum, quantum

quantum quisque probat; *Mynsing. Inst. hic num.* 5.

§. SINE SCRIPTO 9.

45 HActenus de jure scripto, sequitur de non scripto quod nomine magis proprio consuetudo appellitatur.

Quæ concinnè definitur, quòd sit Jus moribus introductum, & tacitò summæ potestatis consensu approbatum.

46 Dividitur in eam, quæ est contra legem, & quæ præter legem, & quæ juxta legem.

Consuetudo contra legem est, quæ legem præexistentem tollit, & abrogat. Juxta legem quæ legem scriptam supponit, ac observando confirmat, ne in desuetudinem abeat. Præter legem, quæ versatur circa materiam lege non præceptam: ac novã obligationem inducit.

Objicitur primò, *l.* 2. *Cod. quæ sit longa consuetudo.* Ubi dicitur consuetudinem tam validam non esse, ut legem vincere possit. Respondetur primo verum esse, quòd consuetudo non sit validior lege, sed tam valida tamen sit, ut legem tollere & abrogare possit. Ad victoriam majores vires requiruntur, ad abrogationem pares. *Clariss. D. Franz. Inst. h. t. p.* 4. *n.* 19.

Respondetur secundò textum *d. l.* 2. intelligendum esse de consuetudine irrationabili, & invalida. *Zoës. ff. h. t.* 69. *Clariss. D. P. Konig. ad Ius Canon. num.* 19. Confer. *Gonzalez. in cap. ult. X de consuetud. & Menoch. lib.* 1. *de arbitr. quæst.* 71.

Objicitur secundò. Consuetudo contra legem est contra rationem, scilicet ipsius legis; ergò est irrationabilis, & consequenter invalida. Respondetur distinguendo antecedens, consuetudo contra legem est contra rationem aliquam; concedo: omnem, nego antecedens & consequentiam. Lex quandoque fundatur in unica ratione, quandoque verò in pluribus, si lex fundata sit in unica ratione, & consuetudo contra illam pugnet, erit invalida. Si verò lex plures rationes habeat, tametsi deinde consuetudo contra aliquam pugnet, non tamen ea propter rationabilis esse definit. Ut ecce! Jus commune disponit, ne Episcopus causas graviores & majoris momenti sine consensu capituli solus expediat, ex ratione, ne fortè quid temerè fiat ab Episcopo. Contra talem legem seu statutum consuetudo introduci potest, ut scilicet Episcopus solus etiam causas majoris momenti expediat & hàc forsan ratione, ut lites citiùs expediantur. Advertis, hanc consuetudinem esse quidem contra aliquam rationem, nempe illam, ob quam prior lex introducta est, non tamen esse contra omnem rationem quia aliâ ratione fundatur.

Objicitur tertiò. *L.* 3. §. 5. *ff. de sepulch. viol.* Ubi apertè dicitur statutum non valere contra legem; ergò neque consuetudo contra legem valebit. Respondetur concedédo antecedens, nego consequentiam. Differentiæ ratio est, quòd per statutum expressè derogetur legi, per consuetudinem verò tacitè, sæpè autem expressa nocent quæ non expressa non nocent *L.* 52. *ff. de condit. & demonst. ita Schamb. Inst. hic vers. ob* .4. Ego puto id addi posse, quòd in consuetudine introducedâ præsumatur concurrere tacitus consensus principis, ut proinde lex præexistens ex consensu principis abrogetur. Contra vero in statuto non adest, neq; adesse præsumitur consensus principis in abrogationem legis. Non mirùm proinde, quòd Dux Bavariæ per statutum legi civili derogare nequeat, saltem ut extra ejus territoriũ vigorem habeat, quia statuta contra legem non valent.

Requiſita conſuetudinis quinque abſolvunt.

Primò requiritur pluralitas actuũ, hoc eſt ut actus, ex quibus inducitur cõſuetudo, ſæpiùs fuerint exercitati & frequẽtati, ita, ut ſufficienter conſtare poſſit de tacito populi conſenſu ad inducendam conſuetudinem *L. 1. Cod. quæ ſit. long. conſuet. L. 3. cod. de ædific. priv.* Quot verò præciſè actus ad conſuetudinem introducendam requirãtur, in univerſum determinari nou poteſt, ſed rectiùs diſcreti Judicis arbitrio determinandùm relinquitur, qui ex qualitate actum judicet, arbitreturvè, ân ita notorii, & frequentes ſint ut exinde ſufficienter tacitus populi conſenſus colligi poſſit, ita *Gail. lib. 2. obſ. 31. n. 7. Maſcard. de probat. concluſ. 24 n. 14 & 15. Menoch. de arbitr. Jud. l. 2. caſ. 81. n. 4.* rectè profectò quoties enim aliquid Jure noſtro non ſatis repetur definitum, toties recuritur ad judicantis arbitrium. *Manz. Inſtit. hic n. 16. n. 31. hic Schneid. num. 6.*

Non adverſatur, *l. nemo 3. Cod. de Epiſcop. aud. & c. 25. cauſ. 25. q. 2.* ubi geminatio ejuſdẽ criminis conſuetudo dicitur, ut proinde duo actus ſufficere videantur. Enim verò allegati textus de conſuetudine facti ſive de aſſuefactione, nõ verò de conſuetudine Juris inducente, vel abrogante legem loquuntur, ut ſẽſus ſit per geminationem, criminis jam quis eſſe dicitur habituatus quaſi, & conſuetudinarius, ut proinde acriùs in talem animadverti poſſit. *Clariſſ. D. P. Köig. loc. cit. num. 7. Harp. loc. cit. Scambog. hic.*

Quæſtio quarta, an per unum actum conſuetudo introduci poſſit?

Dixeris quòd non. Primò, quia ad conſuetudinem requiritur actuum frequentia *l. Cod. quæ ſit long. conſuet.* ſed per unum actũ non habetur frequentia actuum; ergo unus actus non ſufficit.

Secundò, quod ſemel factum eſt, frequenter factum dici non poteſt; ergò per unicum actum conſuetudo nequit introduci, ita *Schn. n. 6. Mynſ. n. 6. hic Manz. n. 12. Harp. n. 30. Menoch. loc. cit. caſ. 81. n. 2.*

Verùm his non attentis referre exiſtimo, an actus ille ſit momentaneus, an ſucceſſivus. Si actus ſit momentaneus, qui breviter perficitur, conſuetudinem non fundat. Si actus ſit ſucceſſivus, qui ad ſuam perfectionem, & conſummationẽ requirit tractum longioris temporis conſuetudinem fundat. Ut ecce! in loco aliquo, ubi pons non fuit, populus ædificavit pontem, & cum conſtanter tranſiit, v. g. per quadraginta annos, ſi in beneficio ſæcularis inſtitutus fuerit, in iſtis caſibus, quin conſuetudo introducatur, non inſanæ mentis dubitat, Ratio quia actus, qui in ſe habent factum aliquod ſucceſſivum, continent in ſe virtualiter plures; ergò ſi plures actus momentanei ad inducẽdam conſuetudinem ſufficiunt, unicus quoque actus ſucceſſivus ſufficiat, neceſſe eſt, ſic in adducto exẽplo utique idem eſt, ſi pons continuò frequentatus fuerit à populo: ac ſi bis, ter, quater, vel frequentius per violentiam fluminis fuiſſet abreptus, & iterum noviter reſtauratus.

Confirmatur. Ideò plures actus requiruntur ad conſuetudinem, ut inde ſufficienter colligi poſſit populi conſenſus, ſed iſte conſenſus poteſt etiam colligi ex actu planeq; notorio & ſucceſſivo, licet unico; ergò unicus actus ſucceſſivus ſufficiet. *Clariſſ. D. Franz. Inſt. t. p. 4. n. 8. Faber Inſt. hic n. 8. Pirrh. de conſuet. Sect. 1. §. 4. num. 20.*

Ad primum Reſpondetur diſtinguen- 50
do majorem, ad conſuetudinem requiritur actuum freqũetia momentaneorum concedo, ſucceſſivorum nego majorem,

&

& sic distinctâ minore nego consequentiam, non enim ideò actuum frequentia requiritur, quasi de forma esset, & ut plures numeri actuum consurgant, sed ut ex iis populi consensus in consuetudinem colligi possit.

Ad secundum eadem est solutio. Quod semel factum est, frequenter factum dici non potest frequentiâ materiali, quæ plures numeros producit concedo, frequentiâ formali, quæ plures actus in se continet, nego antecedens & consequentiam.

Secundò requiritur, ut actus sint liberi, & cum animo se obligandi gesti, neque erronei. Unde

51 Colliges primò per actus metu extortos non induci consuetudinem; quia non censentur facti animò inducendi consuetudinem, sed potiùs animò evitandi malum, quod intentatur. *Clariss. D. P. Konig. ad Jus Canon. tit. de consuet. n.* 5.

52 Colliges secundò, ex actibus meræ facultatis citra animum se obligandi gestis non induci consuetudinem, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L.* 19. *ff. de reb. credit.* Hinc recitatio certarum precum ad pulsum angelicum, sumptio aquæ benedictæ in ingressu Ecclesiæ, licet per quinquaginta annorum seriem factæ, consuetudinem non ponunt, quia non censentur, tales actus animò se obligandi gesti. *P. Engl. tit. de consuet. n.* 9. *Suarez. lib.* 7. *d. LL. cap.* 14. *num.* 6.

53 Colliges tertiò, per actus ex ignorantia vel errore factos non introduci consuetudinem, error enim excludit consensum. *Zoës. ff. de LL. n.* 74. Hinc licèt subditi aliquod festum per centum annos celebrarent, rati, ad hoc se obligari, consuetudo tamen non introducitur. *Haunold. de J. & J. tit.* 1. *proœm. cap.* 3. *controv.* 3. *num* 140. *Clariss. D. R. Konig. loc. cit. n.* 5.

Quæstio quinta. An actus, per quos consuetudo introducitur, debeant esse judiciales, & in judicio contradictorio obtenti? 54

Respondetur primò altâ pace inter DD. obtinere per actus judiciales; & in judicio contradictorio obtentos consuetudinem introduci. Ita DD. *in l.* 32. *ff. de LL. & cap. fin.* ✕ *de consuet.* Fac proinde in civitate ter, quater, vel sæpiùs judicatum esse, quòd filii masculi in successione paterna excludant filiam dotatam, & lapsum esse legitimum tempus (de quo paulò post) nec non in majorem populi notitiam id pervenisse, & non contradixisse, dubium sanè nullum est, quin consuetudo taliter introducatur. *Schneid. Inst. hic num.* 7.

Respondetur secundò, etiam per actus extrajudiciales consuetudinem introduci posse. *Ita Gail. lib.* 2. *observ.* 31. *n.* 8. *Harp. Instit. hic n.* 34. *Hunn. var. resol. lib.* 1. *tract.* 1. *q.* 26. *Zoës. ff. de LL. num* 75.

Probatur per *l.* 38. *de LL.* ubi dicitur *Consuetudinem aut rerum perpetuò similiter judicatarum authoritatem, & vim legis obtinere.* Certè JCtus non tam clare res judicatas à consuetudine distinxisset, si ex rebus judicatis consuetudo deduci deberet; sufficit ergò vel consuetudo, vel res perpetuò similiter judicata, ut obligatio legis consurgat. *Chlingensp. Inst. h. t. q.* 17.

Accedit aperta ratio; quoniam consuetudo ex tacito consensu populi vim & robur suum recipit, sed iste consensus colligi potest ex actibus etiam extrajudicialibus, ergò.

Non obstat, *lib.* 34. *ff. de LL.* ubi in hæc verba rescribitur: *Cum de consuetudine confidere quis videtur, illud explorandum arbitror, an contradictorio aliquando*

quando judicio firmata sit. Ergò ad consuetudinē requiruntur actus judiciales. Respondetur enim distinguendo consequens, ergò ad cōsuetudinem requiruntur actus judiciales, de necessitate, nego, de utilitate & in ordine ad faciliorem probationem, concedo consequentiam. Ecce! Si dubitetur de consuetudine, num introducta sit, nec ne, tunc qui illam probare intendit, attendere, & inquirere debet, an in judicio contradictorio non ita semel judicatum fuerit, sic enim in faciliorem ejus probationem devenire poterit.

Tertiò requiritur ad consuetudinē, ut sit rationabilis, hoc est, non adversetur juri naturali aut divino, neque vergat in præjudicium utilitatis publicæ. *cap. 2. dist. 4. cap. 5. dist. 1. cap. 3. 5.* & *8. dist. 8.* Unde non valet consuetudo, quæ parentes alimentis privat, aut fœnerandi præbet licentiam, ratio, quia consuetudo imitatur legem *arg. cap. 9.* & *ult.* ✠ *de consuetud.* lex autem debet esse rationabilis *l. 39. ff. de LL.* ergò & consuetudo sit rationabilis necesse est, alias non consuetudo, sed corruptela futura esset, *cap. 7.* & *ult.* ✠ *de cousuet. Gail. 2. observ.* 11. *num.* 11. *Gonzalez. in cap. 1. d. t. Harp. Inst. hic num.* 12.

Dices: Consuetudo, quæ introducitur per actus illicitos, & formaliter peccaminosos, non est rationabilis, sed consuetudo contra legē introducitur per actus illicitos & formaliter peccaminosos, quonia n actus contra legē gesti sunt formaliter peccaminosi, & illiciti; ergò consuetudo contra legem non est rationabilis.

Respondetur distinguendo majorem; consuetudo, quæ introducitur per actus illicitos & formaliter peccaminosos, non est rationabilis, si actus illi concurrant ut causa, concedo majorem, si actus illi concurrant ut indicium populicæ voluntatis obligationem legis excutere volentis, nego majorem, sed consuetudo contra legem introducitur per actus illicitos & formaliter peccaminosos, ita tamen ut isti actus concurrant, ut cō litio sine qua non, sive ut indicium populicæ voluntatis obligationem legis excutere volentis, concedo minorem, ut isti actus concurrant, ut causa formalis, nego minorem & consequentiam. Actus illiciti & peccaminosi non concurrunt ad consuetudinem tanquam causa, quia subditi obligationem legis de se neque inducere possunt, neque tollere, sed habent se præcisè tanquam cōditio sine qua non, sive ut clariùs loquar, sunt nudum indicium, ex quo colligit superior, quòd populus, quantum est in se, excutere nitatur obligationem legis. Confer. *Glettle select. quæst. p. 1. q. 6. per tot. ubi hæc de re diserte & solidè discurrit.*

Quartò ad consuetudinem requiritur diuturnitas temporis quò aliquid observatum sit, atque practicatum. Quantùm verò temporis ad consuetudinem requiratur, non una omnium est sententia. Sunt, qui tempus desiderent, cujus initii memoria non extat, & hi fundantur in *l. 3. §. 4. ff. de aqua quotid.* & *æstiv.* Sunt alii, qui tempus centum annorum requirant, & hi moventur per *l. 2. Cod. quæ sit long. consuet.* his verbis: *Consuetudinis, ususve longævi non vilis authoritas est.* Longævum autem tempus centum años denotat. *L. 23. Cod. de Sacratiss. Eccles.* & *l. 56. de usufruct.* Sunt denique, qui decennium sufficere autumant, nulla factâ differentiâ inter præsentes & absentes, & hi fundamentum ponunt in rubrica *tit. C. l. quæ sit long. consuet.* longum autem tempus esse decennium, in confesso est *arg. tit. Cod. de long. temp. præscript.* Rationem verò, quòd nulla inter absentes, & præsentes differentia facienda sit,

adducunt

adducunt istam, quoniam populus, & civitas abesse non dicitur. Mihi ut verum fatear, in hac opinionum altercatione videtur rem Judicis arbitrio determinandam relinqui debere, qui secundum levitatem & gravitatem materiæ tempus ad consuetudinem sufficiens determinet, ita ut exinde populi consensus in consuetudinem sufficienter colligi possit; ratio, quia quæ certa lege definita non sunt Judicis arbitrio determinanda relinquuntur: ita re ipsa docent. *Menoch. lib. 2. de arbitr. cas. 83. n.6. Hunn. var. re. tract. 1. q. 2?. Clariss. De Franz. Instit. h. t. p. 4. num. 13. & 14. Clariss. D.P. König. ad Jus Canon. tit. de consuet. num.9. P. Engl. d. tit. num. 19. confert. Gail. 2. ob. 31. num. 3. Mynsing. cent.6. obs. 41. n. 9. Schneid. num.* 5, hic.

Dices: Consuetudo debet esse legitime præscripta *cap. fin. X de consuet.* ergo sicuti ad præscriptionem requiritur modo longum, modo longissimum, modo immemoriale tempus, ita etiam ad consuetudinem. Respondetur primo, consuetudo debet esse legitime præscripta, hoc est, debet aliqua requisita habere, quæ habet præscriptio concedo, debet habere omnia nego antecedens, & consequentiam. Ecce! ad consuetudinem requiritur aliquod tempus, sed negatur idem requiri, quod ad præscriptionem. Deinde consuetudo ad instar præscriptionis requirit tempus continuum, ita, ut si ante contrarius actus intercurrat, quam sit perfecta, ad similitudinem præscriptionis interrumpatur, licet proinde aliqua requirantur ad consuetudinem, quæ etiam desiderantur ad præscriptionem, male tamen & perperam infertur, omnia requiri ad consuetudinem, quæ ad præscriptionem. *Zoës. ff. de LL. n. 79. Chligensp. Inst. h. t. q.* 18.

Respondetur secundo, a præscriptione ad consuetudinem legitimum argumentum non duci, cum toto coelo inter se differant. Enim vero primo præscriptio a privato, consuetudo introducitur a communitate. Secundo præscriptio requirit titulum, & bonam fidem, consuetudo non etiam. Tertio, consuetudo requirit pluralitatem actuum, puta, momentaneorum, præscriptio unico actu contenta est.

Quinto, ad consuetudinem requiritur tacitus consensus superioris, qui in statu Monarchico est consensus Principis; ratio, quia consuetudo est lex, vim autem legis non nisi ab authoritate principis, qui habet potestatem legis ferendæ, accipere potest. Dixi *tacitus*, expressus enim consensus legem scriptam poneret. *arg. §. 6. Instit. h. t.* sed

An ad consuetudinem requiratur sci- 56
entia principis? Respondetur, non requiri, sed sufficere, quod non contradicat. *Arg. cap. 1. de constit. in 6.* ubi dicitur, quod S. Pontifex plerumque ignoret statuta & consuetudines locorum. *Zoës. loc. cit. num. 84. Schambog. Inst. h. t. vers. 5. Clariss. D. P. König. loc. cit. num. 17. Suarez. l. 7. de LL. cap. 13. Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 82. num. 20. Clariss. D. D. Franz. loc. cit. n.* 17.

§. ET NON INELEGANTER. 10.

REddit hic Imperator rationem, quare Jus civile Romanorum in scriptum & non scriptum diviserit, atque adeo contigisse, quia origo Juris Romani ab institutis duarum civitatum græcarum, puta, Athenarum, & Lacedæmoniorum profluxit, quarum secunda leges memoriæ mandabat, prima vero leges scribere solebat. *Manz. & Scham. hic.*

§. Sed Naturalia ii.

57 Quæritur in hoc paragrapho, an Jus naturale mutari possit? Magnæ huic difficultati enodandæ impigram manum adhibuerunt, *Suarez lib. 2. cap. 8. num. 7. de LL. Hug Grot. de Jure belli & pacis lib. 1. cap. 1. n. 5. & 6. Clariss. D.D. Franz Inst. h. t. p. 1. num. 19. & seqq. Glettle assert. 1. in suis. assert. Jurid.* Ego distinguendum esse existimo inter jus naturale positivum, & permissivum.

Jus naturale positivum est, quod ex decreto quodam naturæ bona præcipit, & mala prohibet, sic præcipit Deum colere, parentes venerari, &c. prohibet vero furari. Deum blasphemare, &c.

Jus naturale negativum est, quod non præcipit vel prohibet aliquid, sed habet se tanquam negative & permissive, ut scilicet necessitate ita exigente humana potestas actum prohibere, vel præcipere possit.

Assertio prima. Jus naturale positivum immutabile est, *text. Instit. hic. sed naturalia quidem jura semper firma, atque immutabilia permanent.* Ratio additur, quia jura naturalia divina quadam providentia sunt constituta, sicut ergo Deus, Author Juris naturæ, non mutatur, ita nec Jus naturale. Ratio alia, quia impossibile est, ut, quod intrinsece bonum & honestum est, v. g. Deum colere; vel malum est, v. g. Deum blasphemare, tale esse desinat, nisi velis essentias rerum mutari posse.

Assertio secunda, Jus naturale negativum sive permissivum mutationem non respuit, ratio, quia non præcipit vel prohibet aliquid, sed relinquit dispositioni humani arbitrii, ut necessitate vel commoditate exigente id mutet, præcipue si salus & tranquillitas reipublicæ id exigat, Deus enim, & natura in necessariis nunquam deficiunt, & Principi omnis illa potestas concessa est, quæ ad conservationem reipublicæ necessaria est. *Zoes. ff. de J. & J. num. 51. & seqq. Schamb. Instit. hic Glettle assert. Jurid. 1. Chlingensp. Instit. h. tit. quæst. 5. ob 2. solide Clariss. D. Franz. Instit. h t. part. 1. num. 19. & seqq.*

Objicitur primo, libertas Jure naturæ competit, sed in servis sublata est libertas; ergo Jus naturæ potest mutari. 58
Respondetur distinguendo majorem, libertas Jure naturæ competit permissivo, concedo, positivo præceptivo, nego majorem, & concessa minore, distinguo consequens, ergo Jus naturæ potest mutari permissivum, concedo, positivum, nego consequentiam. Jus naturale non præcipit positive in homine libertatem, sed pro circumstantiarum qualitate, nisi aliud exigat necessitas & commoditas reipublicæ.

Objicitur secundo: Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis, sed hæc communio per Jus gentium est immutata; ergo Jus naturæ mutationi subjacet. Respondetur sub data distinctione: Juri naturæ rerum communio refertur in acceptis permissivo seu negativo, concedo majorem, positivo seu præceptivo, nego majorem, concessa minore distinguo consequens; ergo Jus naturæ mutationi subjacet permissivum, concedo, positivum, nego consequentiam. Jus naturæ non vult positive seu præceptive, ut omnes res sint communes, sed permissive, nisi aliud utilitatis reipublicæ vel rationabilis causa exigat, quemadmodum Reipublicæ salus & magna ratio suasit, quod facta fuerit rerum divisio, nimirum ut è republica tollerentur rixæ, & discordiæ, quas parit communio.

Objicitur tertio, lex *non occides* est Ju-

Juris naturæ positivi. & tamen jura permittunt alterum defensionis causa occidere *L. 3. ff. de J. & J.* Deinde furari jure naturæ præceptivo prohibitum est *L. 14. de condict. indeb.* & tamen licet furari in extrema necessitate, *cap. 3. X de furt.* ergo Jus naturæ etiam positivum seu præceptivum mutari potest. Hoc argumentum a variis varie solvitur, prout videre est ad *Manz. Instit. hic num. 5.* Mihi salvo aliorum judicio videtur adminiculo distinctionis responderi posse: ergo Jus naturæ etiam positivum mutari potest, si in casu mutationis gravis concurrat, justa & fortior causa, quam illa, in qua Jus naturale fundatum est, concedo; si hæc non concurrat, nego consequentiam. Ut istam solutionem facilius intelligas, ea in memoriam velim revoces, quæ supra *Inst. h. t. §. 1. vers. secundum* dicta sunt, ubi pro regula tenendum duxi: quod in casu, quo concurrunt duæ rationes naturales, illa vincat aliam, quæ fortior est, quæque majori nititur fundamento. Ut ecce! lex naturæ præcipit, ne quis alterum occidat ex ratione, quod alteri per alterum non debeat inferri injuria. Jam fac, quod emergat casus, quo si alterum non occidas, tu ipse occidendus sis. Hoc in casu possis alterum licite mactare, gravior enim & fortior est ratio, quæ vult ne quis patiatur se occidi, quam illa, quæ vult, ne alterum quis occidat, quilibet enim vitam suam propriam alienæ præferre tenetur juxta vulgatum illud: *prima charitas incipit à se ipsa.* Pariter lex naturæ vult, ne alteri inferatur furtum, ex ratione ne quis locupletetur cum jactura alterius. Jam fac, quod fame perituras esses, nisi fureris. Hoc in casu quin furari possis, non nisi insanus negat, fortior enim est ratio, quæ pro vitæ conservatione militat, quam ne alteri inferatur damnum. Ita respondet *Wesenb. Instit. hic num. 2. & in paratit. num. 15. ff. de Just. & Jure.* Paulo aliter respondet *Harp. Instit. hic num. 4.* Ubi ait, Jus naturale esse quidem immutabile, sed cæteris paribus, si scilicet eædem maneant causæ & circumstantiæ, quibus illud fundatum, & ob quas constitutum fuit. At his causis, circumstantiisque mutatis, & ipsum jus quodammodo mutari, vel certe declarari, vel temperari, neque amplius per omnia observari convenit.

Objicitur quarto. Matrimonium est Juris naturalis præceptivi, ne humanum genus pereat, atqui hoc est mutatum, clericis enim & religiosis est prohibitum, ergo. Respondetur, matrimonium esse quidem juris naturalis præceptivi, ita tamen, ut non singula generum, id est singulos homines in specie, sed genera singulorum, id est rempublicam in communi obliget; Ratio, quia præceptum naturale non obligat singulos, nisi quatenus id necessarium est ad perfectionem singulorum, sed matrimonium tantum est necessarium ad conservationem communitatis; ergo communitatem obligat, non singulos sicuti v. g. agricultura.

Urges. Antea obligabat singula generum, ergo adhuc hodie. Respondetur, nego consequentiam, quia multiplicatis hominibus non sunt eædem circumstantiæ & causæ, puta, ne genus humanum pereat, qui defectus circumstantiarum non facit mutari, sed tantum, ut Jus naturæ cesset obligare, sicut ante obligabat. Facit præterea, quod positis his circumstantiis, quibus homines satis & abunde multiplicati sunt, fortior sit ratio, quæ pro religione & vitæ continentia militat, quam illa, quæ pro majori

jori hominum multiplicatione facit; si vero concurrant duæ rationes naturales, illa vincit illam, quæ est fortior, quæque ma ori nititur fundamento.

Instas.* Jus naturale præcipit religionem in Deum, & obligat singula genera; sive quemlibet in specie, ergo etiam matrimonium obligat quemlibet in specie. Respondetur, concedo antecedens, nego consequentiam. Disparitas est, quia ratio, propter quam Deus pie colendus est, nunquam cessat; secus vero ratio, propter quam matrimonium institutum est, quia tametsi ego, tu & Petrus a matrimonio abstineamus, & Æteonei Juvenis instar amandæ continentiæ vigilemus, non tamen ea propter periclitabitur genus humanum.

AD VERS. EA VERO.

HUcusque determinavimus, qualiter jus naturale, sequitur, quomodo jus civile mutetur. Mutantur autem jura civilia duplici modo, puta, vel lege postea lata, id est expresso consensu, vel desuetudine, id est consensu tacito. Ratio prioris, quia posteriora derogant prioribus *l. fin. ff. de constit. princ.* ratio posterioris, quia consuetudo fori derogat Juri scripto *l. 3. §. fin. ff. de test, Manz. hic num.* 22. & 33.

§. FINAL.

OBjectum Juris triplex est, personæ, res, & actio, omne enim jus, inquit Imperator, quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet. Personæ sunt, quibus & a quibus jus redditur. Res de quibus jus dicitur. Actiones, per quas jus redditur. *Perez. Instit. hic.* Cum vero parum sit jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur, ideo prius de personis videamus.

TITULUS III.

DE JURE PERSONARUM.

SUMMARIA.

1 *Personarum divisio.*
2 *Fœmina in usu juris est homo.*
3 *Hermaphroditus quo revocandus?*
4 *Definitur libertas.*
5 *Servitus quid sit?*
6 *Servi quo jure tales fiant?*

PErsona nihil aliud significat, quam hominem, *arg. rub. tit. ff. de statu homin.* summo autem & prima personarum divisio est, quod omnes homines, aut sint liberi, aut servi.

Dices: Male dividitur homo primaria divisione in liberum & servum, deberet enim potius in marem & fœminam dividi. Respondetur, si naturam spectes, homines debere discerni primaria divisione in marem & fæminam, non vero si statum personarum respicias, qui hominem considerat primario vel ut liberum, vel ut servum.

Quæres primo, an fœmina in usu Juris appellatione hominis veniat? 2

Dixeris, quod non, quia fœmina est monstrum, ergo non continetur appellatione hominis *l. 14. ff. de stat. homin.* antecedens probatur. Monstrum est effectus a solita & intenta naturæ operatione degenerans, sed talis effectus est fœ-

fœmina, quia natura intentione primaria vult masculum, tanquam optimum, ergo. Secundo per *l.* 38. §. 5. *ff. de pæn.* ubi fœmina homini opponitur, his verbis, *quodsi eo mulier, aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.* Ecce! mulier expresse homini opponitur, ac si homo non esset.

Ast contraria sententia vera est, eamque suo assensu dignantur *Hunn. ad Treutl vol.* I. *disp.* 2. *q.* 5. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* II.

Probatur per apert. *text. l.* 152. *ff. de V. S.* his verbis: *hominis appellatione tam feminam, quam masculum contineri non dubitatur.*

Ad primum respondetur distinguendo antecedens. Fœmina est monstrum philosophicum, transeat antecedens; Juridicum, nego antecedens, & consequentiam. In usu Juris monstrum dicitur, quod contra formam humani generis inverso more procreatur. *d. l.* 14. Deinde monstrum illud proprie dicitur. quod raro nascitur, at fœminarum phalangem quis numerabit?

Ad secundum respondetur, per hominem ibi intelligi fœtum in utero existentem, ut sensus sit, si ex poculo arbortionis vel amatorio mulieri prægnanti dato, vel ipsa mulier prægnans vel homo, id est fœtus in utero existens, perierit, is, qui poculum dedit, ultimo supplicio afficiendus est.

3 Quæres secundo, quo revocandi sint hermaphroditi sive androgyni ex utroque participantes sexu?

Respondetur referendos esse ad illum sexum, qui iisdem prævalet. *L.* I. *ff. de stat. homin.*

Quod si utroque sexu valeant, jubentur unum eligere, qua electione facta, permutare deinceps non permittitur. *Schambog. Instit. hic Clariss. D. D. Franz. loc. cit. num.* 13.

Dices: Hermaphroditus, qui utroque sexu valet, non admittitur ad professionem religiosam; ergo neque admittendus est ad matrimonium. Respondetur concedo antecedens, nego consequentiam, quia indecens non videtur matrimonio jungi illum, qui habilis est ad perfectam copulam. At immanem sapit indecentiam, & summe videtur periculosum, fœminarum cœtui immisceri illum, qui agere virum potest, aut virorum cœnobio inseri illam, quæ pati vim viri potest.

§. Et libertas I.

Liberi dicuntur, qui libertate gaudent, quæ definitur, quod sit *naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur.* 4

Dicitur primo, *naturalis facultas*, hoc est potestas ex ipso Jure naturæ permissivo descendens, & homini competens, quia secundum naturam omnes homines nascuntur liberi. *Princ. Instit. de libert.*

Dicitur secundo, *quod cuique facere libet*, ut denotetur, quod ille proprie & vere liber dicatur, qui potest facere, quod lubet, & qui habet potestatem vivendi, ut velit. *Manz. hic num.* 4.

Dicitur tertio, *nisi si quid vi*, intellige vim justam, v. g. bellum *arg.* §. *servi* 3. *h. t.* Vis enim injusta libertatem non tollit, quia facti, libertas vero juris est, ea autem, quæ sunt facti, non tollunt, quæ sunt Juris. Unde fluit, quod is, qui in carcerem dejectus, aut a latronibus captus est, libertatem non amittat, aut duntaxat libertas quoad actum secundum seu exercitium tollatur. *Harp. num.* 4. *hic & Manz. num.* 5.

Dixi quarto, *aut Jure prohibeatur*, sic tametsi liber sis, non tamen facultatem habes furandi, mœchandi, occiden-

dendi, &c. ista enim de jure prohibentur fieri, nec quis talia umquam velle præsumitur, quoniam id duntaxat velle dicimur, quod jure possumus. *L. nepos* 125. *de U S.*

§. SERVITUS 2.

5 Servi sunt, qui in servitute vivunt, quæ definitur, quod sit *constitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

Dicitur primo, *Constitutio Juris gentium*, hoc est, quiddam Jure gentium introductum, & constitutum, quoniam non potest esse Jure naturali, cum natura homines omnes liberi nascantur. *Prin. Inst. de libert.*

Dicitur secundo, *qua quis dominio alieno.* Nemo enim sibi ipsi servire, aut proprius esse potest. *L.* 26. *ff. de servit. præd. rust. Harp. num.* 4. *&* 5. *hic.*

Dicitur tertio, *Contra naturam*, id est, contra Jus naturale permissivum, quo ante introductas servitutes omnes nascebantur liberi. *de princ. de libert. Schambog. hic.*

Differt quoque per ista verba: *Contra naturam*, patria potestas a potestate dominica, quoniam per illam liberi parentibus non contra, sed secundum naturam recte subjiciuntur. *Manz. num.* 6.

§. SERVI AUTEM 3.

6 Servi non a serviendo, sicuti mercenarii pro mercede serviunt, sed a servando etymologiam trahunt, eo quod prohibitum, constitutumque fuerit, ut servi vel venderentur, vel sibi potius servarentur, quam ut crudeliter & inhumaniter trucidarentur.

§. SERVI 4.

Servi vel nascuntur tales, vel fiunt tales. Nascuntur servi, qui ex ancillis nostris generantur, & hi proprie vernæ appellantur, eo quod nascuntur verno tempore, quod tempus anni maxime naturale facturæ est *l.* 36. *ff. de legat.* 2. *Gloss. ibidem.* ratio vero, quare natus ex ancilla servus fiat, est, quia partus ventrem sequitur. *L.* 7. *Cod. de R. V.* Fiunt servi vel ex Jure gentium vel ex Jure Civili. Ex Jure gentium per captivitatem, justo namque bello capti servi capientium efficiuntur §. 17. *Instit. de rer. divis. & acquir. rer. domin.* ex jure civili per venditionem sui ipsius, qui scilicet pretii participandi causa se venundari passus est, de jure civili efficiebatur servus. *Schamb. hic.* Quem fuse hac de materia differentem vide, ego non multum attendenda duxi, quæ non amplius sunt in usu, quemadmodum servitutes in usu esse desierunt.

§. FINALIS.

Inter servos nulla penitus est differentia, & una omnium servorum est conditio, omnes enim eandem serviunt servitutem. In liberis autem hominibus multum interest, utrum ita nati, an vero liberi facti sint. Priores vocantur ingenui, posteriores libertini, de quibus in ordine titulo sequenti.

TITU-

TITULUS IV.
DE INGENUIS.

SUMMARIA.

1 Et
2 Ingenuus quis dicatur?
3 Filiusfamilias a patre venditus ingenuus manet.

1 INgenuus ille dicitur, qui statim, ut natus est, liber est, illud non refert, ut quis dicatur ingenuus, sive nascatur ex duobus ingenuis, sive ex duobus libertinis, sive ex uno ingenuo, & ex altero libertino *l.* 5. §. 2. *ff. de stat. homin.* Unde fluit differentia inter ingenuum & libertinum, nam libertinus liber fit, non nascitur. *L.* 8. *Cod. d. ingen. manumis.*

Dices, si quis in utero existens manumittitur, prout id fieri potest. *L.* 14. *Cod. de fideicom. libert.* talis statim nascitur liber, & tamen non est ingenuus, ergo. Respondetur, ad hoc, ut quis dicatur Ingenuus, requiri, ut statim, quando nascitur, fit liber, *ratione ventris*, non vero ratione manumissionis, adeoque debet fuisse natus ex libera matre *L.* 5. §. 2. *ff. de stat. homin.* illud autem non refert, quo tempore ex tribus mater libera fuerit. *Scham. hic.*

AD VERS. SED ET QUIS.

2 INgenuus etiam dicitur, qui ex matre libera, patre vero servo, vel etiam incerto patre (quem vulgo quæsitum dicimus) natus est. Ratio, quia quantum attinet ad libertatem partus ventrem, seu matrem sequitur: ratio rationis, quia extra justas nuptias conceptus ventrem sequitur, conditionem enim patris sequi non potest, hunc enim habere non censetur, cum pater is dicatur, quem justæ nuptiæ demonstrant, atqui ut libero cum ancilla, sic liberæ cum servo non constat justum matrimonium. *L.* 1. *Cod. de incest. nupt. Manz. num.* 8. *hic.* Rationem rationis aliam assignat *Schneid. hic n.* 4. quia libertas matris tribus temporibus prodest partui, scilicet tempore conceptionis, nativitatis, & medio tempore: cum ex adverso patris libertas uno duntaxat scilicet tempore generationis prosit. Unde sequitur, ut quis liber nascatur, sufficere liberam fuisse matrem, vel tempore partus, sive editionis, vel conceptionis, vel etiam tempore intermedio. Quando enim agitur de commodo partus, tunc, qui in utero est, pro nato habetur *l.* 7. *ff. de stat. homin.* & calamitas matris ei nocere non debet, qui est in utero, *text. hic.* Sicut etiam crimen paternum, vel pœna paterna, nullam maculam filio infligere potest. *L. crimen* 26. *ff. de pæn.* excepto crimine læsæ Majestatis. *L. quisquis* 5. §. 1. *Cod. ad L. Jul. Majestat. Schneid. num.* 3.

Ex illo principio, quod calamitas matris ei nocere non debeat, qui est in utero, laudabilis ille mos, & usus fluxisse censetur, qui ubique in Judiciis hodie observatur, ut videlicet fœmina prægnans, quæ ultimo supplicio damnata est, servari, & pœna differri debeat, donec pariat, sicut nec interim quæstioni subjici, nec torturæ imponi potest *l.* 3. *ff. de pæn.* eademque causa est, cur mulier prægnans non debeat humari, antequam partus ei excidatur, alioquin spes animati cum gravida perempta videretur *L.* 2. *ff. de mortuo inferendo. Harp. hic. n.* 16. *Schneid. n.* 4.

§. CUM AUTEM I.

QUid si aliquis natus sit ingenuus, & per errorem forte in servitutem conjectus, deinde post aliquod tempus veluti servus ex putatitia servitute manumis-

numissus sit, quæstionis est, utrum hæc manumissio ingenuitati efficiat ita ut libertinæ conditionis efficiatur? Ad hoc respondet Imperator, non officere ei, in servitude fuisse, sed nihilominus ingenuum esse. Ratio, quia errore veritas non immutatur. *L. 6. in pr. ff. ad municip.* Ratio alia, quia talis manumissio tantum est facti, ingenuitas vero est Juris, atqui ea, quæ facti sunt, non impediunt ea, quæ juris sunt. *L. 27. §. pactus 2. ff. de pact. Schamb. hic.*

Ex ... illud notandum, quod, si filius familias a patre ob egestatem nimiam venditus redimatur, ingenuus maneat. *L. 2. Cod. de patrib. qui filios distrax.* Ratio, quia tali casu non tam ablata, quam suspensa potius videtur ingenuitas. 2

TITULUS V.

DE LIBERTINIS.

SUMMARIA.

1 *Libertinus quis dicatur?*
2 *Modi manumissionis recensentur.*
3 *Jurisdictio alia voluntaria, alia contentiosa.*
4 *Manumissio ubique locorum recte fit.*
5 *Libertini quotuplices sint?*

1 Libertini sunt, qui ex justa, id est, vera & legitima servitute manumissi sunt. *Text. hic.*

Dices, quidam ad libertatem perveniunt, & fiunt libertini absque manumissione v. g. servus venditus, ut intra certum tempus manumittatur. *L. 1. l. 3. l. 4. ff. qui sine manumiss. ad libert. perven.* Item derelictus ob gravem infirmitatem, *L. 2. d. t.* Et qui detexit necem domini *l. 5. eod.* ergo definitio data non subsistit. Respondetur primo, quod Imperator ad initium libertinitatis respexerit, quæ universaliter primo ex manumissione processit. *Manz. num. 3.* Respondetur secundo: fiunt libertini absque manumissione hominis reali, concedo, absque manumissione legis interpretativa, nego. *Schamb. hic.*

Manumissio est de manu datio, seu de potestate dominica liberatio, manus enim pro potestate accipitur, *hic & l. 4. ff. de J. & J.*

Ista autem manumissio non ex jure naturæ, sed ex jure gentium est, ratio quia jure naturali omnes liberi nascebantur, deinde privatio præsupponit habitum, manumissio servitutem, sed de jure naturæ servitus erat incognita, ergo nec nota erat manumissio. Quare autem manumissio Jurisgentium esse dicatur, ratio est, quia cujus Juris est actus, ejusdem est distractus *L. 35. ff. de R. J.*

§. MULTIS I.

3 Enumerantur hic aliqui modi manumittendi, quos inter primus erat, qui publice in Ecclesia fiebat, ubi Domini servis suis, coram Antistite & plebis aspectu, libertatem præstabant. Et hujusmodi exemplum adhuc videre est Aureliis in Gallia ad dextram introitus Ecclesiæ Cathedralis *a Sainte Croix*, sive ad sanctam Crucem dictæ, ubi olim servos libertate donare consuetum fuerat. *Manz. num. 2.*

Secundus modus manumittendi servos fiebat publice apud Magistratum *per vindictam*, hoc modo dominus duxit servum ad prætorem, & lictor Prætoris virgula, quam ei præferebat, præmissis solennibus verbis servum tangebat, dominus deinde ter illa virga percutiebat manumittendum, & ter dicebat: *ajo te-* esse

esse liberum, posteà ipsum in gyrum rotavit & sic circumactum dimittebat. *Schneid. hic*, & *Manz. num.* 4.

Tertius modus manumittendi fiebat per testamentum, cùm quis servum suum in testamento liberum esse jussisset, vel quàvis aliâ ultimâ voluntate, puta, per codicillos, legatum, fideicommissum, &c. quod enim alicui permissum inter vivos, multò magis permittendum est in ultimis voluntatibus. *Manz. n.* 10.

Quartus modus manumittendi fiebat extra judicium inter amicos, quo in casu necessarii erant quinque testes, & interpositio scripturæ. *L. un.* §. 2. *Cod. de lat. libert. toll.*

Quintus modus fiebat per Epistolam, quando videlicet dominus servo absenti, & in aliis locis degenti literis permittebat, ut liber viveret. Talis autem epistola quinque testibus debuit esse subscripta. *d. l. un.* §. 1. *Schneid. loc. cit.*

§. SERVI VERO.

3 PRo pleniori hujus paragraphi intellectu notandū, quòd actus alius dicatur Jurisdictionis *voluntariæ*, alius *contentiosæ*. Jurisdictio voluntaria est, quæ exercetur tunc, quando partes ita ad judicium veniunt, ut utraque pars & omnes, quorum interest, consentiant, nec una pars alterius cōtradictione impediatur. Ejusmodi actus sunt manumissio, emancipatio, arrogatio, insinuatio donationis, testamenti factio apud acta judicis &c. Vides proinde, quòd voluntaria jurisdictio non ex parte Magistratûs, qui officium suum petenti impertiri semper debet, ac necesse habet: sed ex parte illius, qui adit Magistratum: *Harp. hic. num.* 3.

Jurisdictio contentiosa tunc exercetur, quando partes ita ad judicium veniunt, ut inter se contendant, & una alteri contradicat, ac ea propter quæ non in volentem, sed in invitum, contendentem, & reluctantem exercetur. *L.* 83. §. 1. *ff. de V. O. Manz. num.* 4. Porrò sicut voluntaria, & contentiosa Jurisdictio: ita de plano, & pro tribunali cognoscere differunt. De plano cognoscit Magistratus, qui non nisi voluntariam. *l.* 9. §. *de plano* 3. *ff. de off. proconsul.* pro tribunali verò, qui contentiosam Jurisdictionem exercet. *l.* 13. §. 10. *ff. de excusat. tut. Harp. num.* 5. *hic.* His prælibatis,

Quæritur, ubi & quando manumissio fieri possit? Et Respondet Imperator, quòd manumissio fieri possit quolibet tempore & locô honestô, non tantùm tunc, cū Præses vel prætor pro tribunali sedet, sed etiam, quando Prætor aut Præses in balneum vel theatrum procedit. Illum etiam non refert, manumissio fiat die feriato, vel non feriato. Ratio horum est, quia actus Jurisdictionis voluntariæ ubique & omni tempore expediri possunt. *L.* 2. *ff. de off. proconf.* sed manumissio est actus voluntariæ Jurisdictionis. Nam actus judicialis die feriato exerceri nequit. *L. dies festos* 11. *Cod. de feriis*, & non nisi in loco judicii juxta regulam, quæ causæ cognitionem desiderant, expediri non possunt, nisi judice pro tribunali sedente. *Manz. n.* 6. ergò, &c. vide etiam *Schneid. hic.* 4

§. FINALIS.

5 QUæritur in hoc paragrapho, quotuplices sint libertini? Respondetur in textu, olim triplices fuisse, alii erant cives Romani, alii Latini seu Juniani, alii deditiii.

Cives Romani erant, qui aut testamentô aut in Ecclesia, aut ante consulem, adeoque unô ex modis solennibus, erant manumissi. Et isti jus civitatis

tatis consequebantur, poteratque de rebus suis non tantùm inter vivos, sed etiam per ultimam voluntatem disponere. Latini dicebantur, qui aut per epistolam, aut inter amicos, adeoque modò minùs solenni manumittebantur. Isti erant deterioris conditionis, quàm cives Romani, vivebant enim ut liberi, moriebantur ut servi, nam eorum bona à manumissoribus post mortem eorum, licèt liberos habuissent, occupabantur, non quidem jure hæreditatis, quoniam nulla est servi hæreditas, sed jure peculii, idque ex lege Junia, unde etiam Juniani appellabantur. Sic ergò neque testamenta condere, nec sibi in aliorum testamentis relictum poterant ullatenùs vindicare. *L. 1. Cod. de latin. libert. tollend. Manz. num. 14. hic.* Dedititii vocabantur peregrini quidam populi, qui, cùm se in Romanorum fidem dedissent, & aliquamdiu vectigal solvissent, postea rebelles facti sunt, & à Romanis desciverunt, & arma contra Romanos sumpserunt. At Romani collectis viribus eos impugnabant, qui cùm fortitudine Romanorum se inferiores fuerunt experti, abjectis armis se dediderunt. Romani autem eos hac ratione superatos adeò humanè tractàrunt, ut vitam illorum servarent, sed infamiæ notâ aspersère, ita ut in veram libertatem, Romanæque civitatis Jura pervenire nunquam possent, & quia se dedissent, dedititii vocarentur. *Manz. num. 6.*

Dixi supra *olim* triplices fuisse libertinos, hæc autem à Justiniano Imperatore immutata sunt, statutumque est, ut omnes libertini sint unius modi, id est, perænquè cives Romani, sublatis latinis, & dedititiis *L. un. Cod. d. t.* Quin imò ex novissima Justiniani constitutione omnimodò sublata libertinorum conditio videtur; omnes quippe manumissi fiunt ingenui, nulli libertini, salvo tamen manumissoris patronatùs Jure. *Nov. 78.*

TITULUS VI.

QUIBUS EX CAUSIS MANUMITTERE NON LICET

SUMMARIA.

1 *Manumittere quis possit?*
2 *Debitor in fraudem Creditorum non potest manumittere.*
3 *Imò manumissio est nulla.*
4 *Fraus quid sit?*
5 *Et quotuplex?*
6 *Utraque requiritur, ut manumissio nulla sit.*
7 *Minor 25. annis procurator esse potest.*
8 *Solvuntur objectiones.*

VIsò, quid sit manumissio, quomodo, ubi, & quando fiat; quæritur, quis possit manumittere? Ad quod respondetur, quòd regulariter quilibet Dominus habens liberam suarum rerum administrationem manumittere possit, quilibet enim est rei suæ moderator & arbiter *l. 21. Cod. mandati.* & nemo prohibetur uti Jure suo vel aliis benefacere. *Scham. hic.*

A regula data duæ ponuntur hôc titulò exceptiones. Prima est, quâ prohibetur debitor, qui non est solvendo, in fraudem creditorum manumittere servos; hôc scilicet animò ut Creditores defraudet. *text. hic & L. in fraudem 10. ff. qui & à quib. manumiss.* &c. licet enim libertas magnum favorem mereatur, 2

adeò

adeò tamen extendendus non est, ut in Creditorum redundet detrimentum, præcipuè quoniam favorabilior est causa creditorum, utpote, qui de damno vitando certant, quàm servorum, qui de lucro captando militant. *Manz. hic. num.* 4.

Dubitatur utrùm manumissio ipso jure non valeat, an veniat rescindenda.

Dubitandi ratio est prima, quia reliqua, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, strictò quidem jure valent, actione tamen Pauliana revocantur. §. 6. *Instit. de act.* ergò etiam manumissio ipso jure valebit.

Secunda, quia in *l.* 1. *Cod. qui manumit. non poss.* dicitur libertatem in fraudem Creditorum datam revocari, & in *l.* 5 §. 2. *vers. libertas ff. d. t.* libertatem rescindi; sed quod ipso jure nullum est, non dicitur rescindi, quia privatio supponit habitum, & non entis nullæ sunt qualitates, ergò &c.

3 Verùm hoc nihil remorante respondet Imperator: *it, qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit*, hoc est, manumissio nullius momenti, ipsoque jure nulla est. *L.* 28. *ff. qui & à quib. manumissi non fiunt liberi.* Ratio est in textu, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, quod autem contra legem fit, ipsò jure nullum est. *L.* 5. *Cod. de LL.*

Ad primam rationem dubitandi. Respondetur primò concedendo antecedens, negando consequentiam, differentiæ ratio est, quia debitor nulla lege specialiter prohibetur res suas alienare, ac proinde tanquam quilibet alius rei suæ moderator & arbiter relinquitur. Quamvis interim non negetur illas res in fraudem creditorum alienatas, Pauliana actione revocari posse *d.* §. 6. *Inst. de Act.* At verò lex Ælia Sentia vetat nominatim & disertè, ne debitor in fraudem Creditorum servis suis libertatem conferat *L.* 5. *Cod. de l. leg. Harp. hic. num.* 7. Respondetur secundò, quòd ideò libertatis datio in fraudem facta ipso jure nulla sit; quia durum valde foret, libertatem, utpotè rem inæstimabilem, quæ semel competerat, sine facto revocari. *Schamb. hic.*

Ad secundam Respondetur, quòd *rescindere, revocare, &c.* sæpè in jure nostro denotent ipso jure nullitatem *l.* 1. §. 1. *in fine ff. de feriis.* Deinde rescindi libertas dicitur, non eò sensu, ac si semel substitisset, sed eò, quòd de factò rescindatur. *Harp. n.* 5. *hic.*

§. Licet 1.

Quamvis obæratus debitor in fraudem Creditorum servos suos, & ne quidem unicum manumittere queat, nihilominùs tamen lex Ælia Sentia concedit debitori obærato unum ex servis etiam instituere; ratio est in textu, quia valde prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, saltem servum suũ necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset Creditoribus, aut eò hoc non faciente Creditores res hæreditarias servi nomine vendant; ne injuria defunctus afficiatur? quàm ignominiosum enim veteres duxerint, si bona defuncti, sub voce præconis veneant, *Cicero in oratione pro Publ. Quint.* demonstrat, *Hercle*, inquit, *cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur*, & *Schneid. num.* 8.

Et hoc sanè Creditoribus non est detrimentosum, sed aliquando utile. Ratio, quia si nemo adiisset hæreditatem, ipsi ultra defuncti hæreditatem nihil consequi potuissent. Hoc autem casu ipsum prætereà servum habent obligatum, ita ut successu temporis conveniri, & debitum defuncti ab eo exigi possit, si is ad melio-

rem fortunam devenerit, §. *ult. Inst. de aẞ. Manz. num. 6.*

Porrò ut servi hæredis institutio in fraudem Creditorum facta subsistat, requiritur, ut unus duntaxat servus instituatur. Ratio prima, ut eo minùs ex bonis decedat. Secunda, quia quod potest fieri paucioribus, non debet fieri pluribus *arg. l. 1. ff. quod met. cauſ.* atqui per institutionem unius servi ignominia defuncti potest evitari; ergò. *Manz. num.* 7. Deinde requiritur, ut nullus ex eo testamento hæres extiterit; secùs enim servi hæredis institutio utpote non valida subsisteret, quia cessaret ratio legis, propter quam institutio valet, videlicet ignominia defuncti. *Manz. loc. cit. num.* 13.

§. Idemque 2.

Nihil autem refert, an testator dixerit, servus Titius v. g. *liber & hæres*, vel simpliciter *hæres esto*; ratio est, quia uno concessò videtur id omne concessum, sine quo illud haberi non potest, *L. 2. ff. de Jurisdiẞ.* atqui sine libertate hæres nemo esse potest, ergò concessa hæreditate videtur etiam tacitè concessa libertas; vel aliter, qui vult consequens, debet etiam vel omne necessarium antecedens, quale necessarium est libertas, ut hæres existere possit. *Manz. num.* 3.

Quæres, quid Juris, si dicat testator: sit hæres & non liber? Respondetur institutum & liberum & hæredem futurum. Ratio, quia in necessariò junctis inspicitur principalis voluntas, quæ hic est, velle esse hæredem. Non secundaria, quæ hic est, nolo esse hæredem. Unde cum præsumatur talis testator, voluisse efficaciter, ut institutus sit hæres, non potuit non velle, eum etiam esse liberum, ut expressio voluntatis contrariæ non obtretur. Dixi *cum præsumatur*, quia in dubio præsumendum non est testatorem voluisse ludere. §. *impossibilis. Inst. de hæred. Inst. Schamb. hic.*

§. In Fraudem. 3.

In fraudem creditorum manumittere censetur, is qui tempore, quo manumissio fit, jam solvendo non est (non solvendo autem esse dicitur, qui non potest solidum solvere, vel ex propria, vel ex fidejussoris substantia, *arg. l. 27. §. 2. ff. de fidejuss.*) vel qui per, sive propter manumissionem desinit esse solvendo *text. hic.*

Ut autem manumissio in fraudem Creditorum facta non subsistat, & libertas impediatur, animus fraudandi requiritur. Ubi.

Observa, quòd fraus sit fraudulenta machinatio ad alterum circumveniendū adhibita *l. 1. ff. de dolo malo*, quæ duplex: alia concilii, sive intentionis, sive (ut alii loquuntur) ex proposito, dum quis intendit alterum defraudare. Alia eventus, seu rei, dum quis à parte rei defraudat, & est non solvendo, citra animum dolosum. Jam ut manumissio impediatur, requiritur utraque fraus, consilii & eventûs. Et quidem fraus eventûs requiritur, quia non obstat conatus solus *l. 1. ff. quod quisque Juris, &c.* nec creditores habent, quòd conquerantur. Fraus consilii requiritur, quia fraus non est sine machinatione, & crimen contrahitur, voluntas nocendi intercedat *L. 1. Cod. ad L. Cornel. de sicariis.* Nam: Actibus in cunctis dominatur sola voluntas. Accedit, quòd sæpè de facultatibus suis, amplius, quam in iis est, sperent homines *text. hic.* ut proinde bona fide dimittant servos, putantes, se satis adhuc habere, quò debita expungant. *Manz. num.* 4.

Illud

Illud adhuc circa hunc paragraphum notandum, quòd in alia causa lucrativa ad revocationem sufficiat creditores fraudari eventu, etiam absque consilio *l.* 5. *Cod. quæ in fraud. credit.* ratio differentiæ est in solo favore libertatis posita, cùm hoc in libertate speciale sit, ut ejus donatio non revocetur, nisi fraus consilii & eventûs concurrat. *Manz. n.* 7.

Item sola fraus eventûs sufficit ad libertatem impediendam, si hæc in testamento relicta sit. *L. fin. Cod. quib. ex caus. manumitt. non licet.*

§. EADEM 4.

MInori viginti annis ex lege Ælia Sentia non aliter, quam vindictâ, & justâ manumissionis causâ apud consilium (ad quod Romæ quinque Senatores, totidemque equites, in provincia verò viginti recuperatores, id est judices dati, cives Romani adhibeantur) approbatâ manumittere permittitur. *Schamb. hic.*

§ JUSTÆ 5.

MInor manumittere non potest, nisi ex justa causa, uti paragraphó præcedenti dictum.

Quæritur modò, quæ sint justæ causæ? Respondetur varias esse. Prima est, si quis velit manumittere patrem aut matrem. Ratio est, quia inconveniens est, ut parentes sint in potestate liberorum suorum, & ut filii sint castigatores parentum, sic enim naturæ ordo inverteretur. *Manz. n.* 1. *hic.* Contingere autem potest, ut homo liber suos parentes habeat in potestate utpote servos v. g. si ambo pater & filius fuere in unius & ejusdem dominio, & filius à Domino moriente hæres institutus est, hoc enim casu filius dominium servorū acquirit. *Manz. hic. num.* 9.

Reliquas, ut tempori parcatur, enumerare, & inutile foret & supervacaneum, cùm in textu habeantur, quem lege, & *Manz.* interpretem adhibe. Cæterum inter reliquas causas & hæc enumeratur, si servum manumittere velit *procuratoris* habendi gratiâ.

Ubi observa quòd *Procurator* is dicatur, qui mandatô domini aliena negotia administrat. Hic est vel *judicialis* seu ad lites, quis judicialia, vel *extrajudicialis*, seu ad negotia, qui extrajudicialia administrat.

Controversia hic consurgit, an minor viginti quinque annis possit esse procurator judicialis?

Mirum in modum intricata, & in utramque partem agitata est hæc quæstio, in qua ut clara ab obscuris secernantur:

Respondeo 1. De Jure Canonico ex- 7
tra dubitationis aleam positum esse, minorem viginti quinque annis procuratorem ad lites constitui non posse. Ita *P. Engl. ad Decret. tit. de procurator. num.* 8. *Clariss. P. Konig. ad Jus Canon. de Procurat. n.* 17. *Pirrhing. ad Jus Canon. eod. tit. n.* 21.

Probatur per *dissert. text. cap.* 5, *de procurat. in* 6. his verbis: *Licet autem quis post decimum septimum annum procurator ad negotia licite deputetur, ad judicia tamen, nisi major viginti quinque annorum fuerit, deputari nequibit.*

Respondetur 2. De jure civili veriorem esse sententiam, quæ sustinet, eum qui decimum septimum annum complevit, idoneum procuratorem esse ad lites. Huic sententiæ applaudunt *Zoës. ff. de procurat. num.* 11. *Hunn. var. resolut. l.* 1. *tract.* 2. *quæst.* 12. *Harp. Instit. de iis per quos agere possum.* §. 1. *num.* 123. *Schamb. Instit. h. t.* §. 5. *vers. quæst. Cujac.*

lib. 22. *obs. cap.* 6. *Arumæ disp.* 1. *th.* 30. *Perez. ad Cod. de procurat. num.* 9.

Dissent. *Glettle Select. quæst. part.* 1. *q.* 28. *Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 8. *th.* 1. *Lit. E. Vant. de nullit. tit.* 11. *n.* 133. *Sichard. in l.* 12. *Cod. de procurat. n.* 19.

Prior sententia, quæ mihi magis arridet

Probatur 1. ex nostro §. 5. *hîc.* ubi disertè dicitur, quòd servus procuratoris habendi gratiâ manumitti possit, dummodò non sit septendecim annis minor.

Dices: Textum intelligendum esse de procuratore ad negotia, sive extrajudiciali. Sed contra est. 1. quòd *in d.* §. 5. agatur de servo manumittendo ad hoc, ut procurrator fiat, atqui ad negotia extrajudicialia non est opus, ut procurator manumittatur, cùm servus etiam possit esse procurator extrajudicialis. *L.* 7. §. 1. *ff de Inst. act.* Contra est secundò, quòd ad hoc, ut servus procuratoris habendi gratiâ manumitti possit, requiratur, ut non sit septemdecim annis minor, atqui ad extrajudicialem procuratorem non requiritur, ut sit major septemdecim annis, sed puer etiam talis procurator esse potest *l.* 7. §. 2. *de Inst. act.* ergò §. 5. non est intelligendus de procuratore extrajudiciali, sed de judiciali.

Probatur secundò hôc valido argumentò. In illis casibus & causis minores possunt esse idonei procuratores, in quibus non gaudet beneficiò restitutionis in integrum. *Arg. L.* 51. *ff. de procurat.* Sed minor in casu, quo procurator judicialis constituitur, non gaudet beneficiò restitutionis in integrum *l.* 23. *ff. de minor.* in verbis: *Nam etsi alius mandâsset non ei succurretur.* Ergò minor viginti quinque, major tamen septemdecim annis poterit esse procurator ad lites.

Probatur 3. *ex l.* 1. §. 2. *ff. de postulando.* Ubi asseritur, quod is, qui septemdecim annos complevit, postulare possit, ergò multò magis poterit esse procurator in judicio, advocati enim officium longè gravius est, quam procuratoris, prout exinde patet, quòd infames possint esse procuratores, non verò advocati *d. l.* 1. §. 5.

Ob. 1. Minor viginti quinque annis non potest esse in judicio defensor *l.* 51. *ff de procurat.* ergò neque procurator. 8
Consequent. probat *Glettle loc. cit.* hoc modò: Ideò prohibetur esse defensor, quia restitutione in integrum impetratâ, judicium redderetur elusorium; sed redderetur quoque non rarò elusorium, si posset esse procurator, quia principali ad solvendum inidoneò, restitueretur in integrum *L.* 23. *ff. de minor.* ergò, &c.

℞. Conc. ant. negando consequentiam & paritatem. Disparitas est, quòd defensor is dicatur, qui suâ sponte sine mandato reum judiciò defendit: Procurator verò ille sit, qui ex mandato domini lites gerit. Non mirum proinde, quòd minor viginti quinque annis defensor esse nequeat, possit tamen esse procurator; in casu enim, quo defensorem agit, si sententiam defensò præjudiciosam tulisset, restitutionem in integrum petere potest; atque taliter judicium redderetur elusorium. Secùs est in casu, quo procuratorem agit, ubi licèt sententiam suo principali nocivam tulisset, & sic ipse principalis propter minorem ætatem sui procuratoris læsus esset, restitui tamen minorem principalis incassum peteret; quoniam ipse suæ debet imputare facilitati, quòd procuratorem non magis idoneum constituerit, damnum proinde quod sentit, sentire non videtur *Arg. l.* 203. *de R. I.*

Ob. 2. *L.* 1. & 2. *Cod. de legitim. pers. stand.*

stand. &c. Ubi dicitur, quòd minor viginti quinque annis non habeat legitimam personam standi in judicio, ergò non poterit esse procurator. ℞. dist. ant. non habet legitimam personam standi in judicio in causa propria, sive nomine proprio, conc. ant. nomine alieno, neg. ant. & conseq. Ratio differentiæ est, quòd in priori casu, quò nomine proprio ageret, si læderetur, gauderet beneficiò restitutionis in integrum. Secùs in posteriori, ubi minor nullum damnum, nullam læsionem patitur; si qua enim principali læsio emergat, debet sibi imputare, quòd talem dederit procuratorem, quem ætate minorem consiliò infirmum, & judiciò fragilem novit, vel nôsse debuit.

Ob. 3. qui nondum complevit legitimam ætatem, procurator in judicio non potest existere *L.* 12. *Cod. de procurat.* Sed legitima seu perfecta ætas compleri dicitur viginti quinque annorum curriculis *l. fin. Cod. de his, qui ven. ætat. impet. verb. perfectæ ætatis illam ætatem esse volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis completur.* Ergò, &c.

℞. Quòd legitima ætas pro subjecta materia variè accipiatur, ita ut aliquandò quatuordecim annos significet, quemadmodùm hæc ætas legitima est ad matrimonium contrahendum, ad testamentum condendum, &c. Subinde legitima ætas etiam septem annis completur, prout in sponsalibus pangendis ista ætas desideratur. Quandóque legitima ætas triginta annorum, ut in Episcopo. Licet proinde viginti quinque annorum ætas legitima sit ad aliquos effectus, non tamen sequitur ad omnes tantam ætatem desiderari.

§. Causa. 6.

Casus: Minor viginti annis manumisit servum, asserens & probans eum fuisse alumnum, v. g. qui tamen non fuit, hinc si hoc posteà pateat, quæritur, an manumissio retractaretur? Respondetur: manumissionem non retractari ob favorem libertatis, maximè cùm id in solius manumittentis, non etiam tertii ullius præjudicium vergat.

§. Cum Ergo Fin.

Dictum suprà, quòd viginti annis minor servum manumittere non possit, & quidem propter constitutionem legis Æliæ Sentiæ. Verùm Imperator huic legi derogavit, sic enim secum argumentabatur: Is qui quatuordecim annos complevit, potest testamentum facere, & de rebus omnibus disponere *l.* 5. *ff. q. testamentum facere poss.* ergò etiam debet posse dare libertatem in testamento, cui enim licet, quod plus est, debet etiam licere, quod minus est, *cap. cui licet* 53. *de R. J. in* 6.

Contrariabitur verò ratio, quòd reliquæ res sint pretiò æstimabiles, sola verò libertas sit inæstimabilis *L.* 176. §. *infinita. ff. de R. l.* Hinc cùm pro utraque parte essent rationes, Imperator medium elegit, & ut major septemdecim annis testamentò libertatem dare posset, statuit; ratio est in textu, quia qui adeò sapit, ut pro aliis postulare, advocare, & suò patrociniò alium juvare possit, is haud dubiè sibi quoque rectè consulet: atqui is qui decimum septimum annum complevit, pro aliis in judicio stare & postulare potest. *L.* 1. §. 3. *ff. de postulando*, ergò, &c. Jure novell. autem etiam quatuordecim annos habenti permittitur testamentò dare libertatem. *Nov.* 119. *cap.* 2. Esto enim libertas res sit inæsti-

inæstimabilis, id tamen respectu servi est intelligendum, cui multum per eam accedit, domino autem nihil vel modicum decedit, nam ex *l.* 3. *Cod. comm. de legat.* constat, quòd servi & ancillæ majores decem annis, si sine arte sint, viginti solidis æstimentur, minores verò decem annis decem solidis. Si autem artifices sint, usque ad triginta solidos eorum æstimatio procedat, sive masculi sive fœminæ sint. Exceptis Notariis & Medicis utriusque sexûs. Notarios enim quinquaginta solidis æstimari, Medicos autem & obstetrices sexaginta voluerit Imperator Justinianus. *L.* 1. §. *Cod. de comm. serv. manumiss.*

TITULUS VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

SUMMARIA.

1 *Lex Fusia Caninia quid sanxerit?*
2 *Argumentum, à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat?*

Ex lege Fusia Caninia obtinebat, ut certus numerus manumittendorum servorum in ultimis voluntatibus servaretur, & ita fuit restricta libertas manumittendi in testamento: Etenim si quis habuerit duos servos, ambos manumittere poterat in testamento; si plures habuerit, dimidiam eorum partem usque ad decem licebat manumittere; si ultra decem habuerit, tunc usque ad triginta partem tertiam; à triginta usque ad centum quartam partem; à centum usque ad 500. partem quintam poterat manumittere; plures autem quam centum non licebat manumittere, ratio, ne libertinis & sordidis hominibus repleretur civitas. Verùm Justinianus hanc legem tum libertatis, tum ultimæ voluntatis favore abrogavit, ex ratione, quòd quidquid alicui conceditur inter vivos multo magis id in ultimis voluntatibus concedendum sit, cùm liberum esse debeat, id quod non amplius redit, arbitrium. *L.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. Schamb. hic.* Ex hoc paragrapho D D notant, argumentum à contractibus ad ultimas voluntates valere, quòd est verum affirmativè, tamquàm à minori ad majus, veluti hoc licet in contractibus: ergò etiam in testamentis, non autem negativè, sicut nec argumentum à minori ad majus negativè valet. *Schneid. hic num.* 6. 2

TITULUS VIII.

DE HIS, QUI SUI, VEL ALIENI JURIS SUNT.

SUMMARIA.

1 *Sui Juris quis dicatur?*
2 *Jus asyli.*
3 *Quo Jure competat?*
4 *Ecclesiæ consecratæ an gaudeant Jure asyli?*
5 *An pollutæ?*
6 *Quomodo polluantur?*
7 *An per actum conjugalem?*
8 *Quibus competat Jus asyli?*

9 *Quibus non competat.?*
10 *Fugiens ad Sacerdotem S. Eucharistiam portantem an Jure asyli gaudeat?*

1 EXposita prima personarum divisione, qua omnes homines, vel sunt liberi, vel servi, sequitur nunc altera, qua hominum alii perhibentur *sui Juris*, alii *Juris alieni*. Alieni Juris sunt, qui dominica vel patria potestate continentur. Sui contra Juris sunt, qui in neutra potestate existunt. Agit autem Imperator primo de iis personis, quæ sunt alieni Juris; ratio est in textu; nam si cognoverimus, quæ istæ personæ sint, simul intelligemus quæ sui Juris sint, quia contrariorum eadem est notitia, & eorum uno cognito cognoscitur & alterum. *Manz. hic.*

§. In Potestate 1.

EXplicat hic Imperator, qui sint in potestate dominica; aitque, quod servi. Et hæc potestas est juris gentium; constat enim eam apud omnes gentes
2 peræque receptam fuisse. Effectus hujus potestatis duplex erat. Primus, ut servus nihil proprii haberet, sed quidquid acquireret hoc omne Domino acquireret, non solum scienti, & ratihabenti, sed etiam ignoranti, & invito, §. 3. *Inst. per quas pers.* Secundus, ut Domini in servos Jus vitæ & necis haberent, adeoque impune eos occidere liceret, quod ea ratione niti videbatur, quia quilibet est suarum rerum moderator, & arbiter. *Text. hic.*

§. Sed Hoc. 2.

LIcet olim Domini in servos habuerint Jus vitæ & necis, hæc tamen potestas ex constitutione Pii Antonini restricta, sancitumque est, ut non liceat servum sine justa causa legibus cognita occidere, sub pœna homicidii, & legis Corneliæ, & ne quidem in eum intolerabiliter sævire; ratio, quia lex *non occides* est Juris naturalis, cujus ipsi quoque servi sunt capaces. Deinde reipublicæ interest locupletes habere & subditos. Porro occasione hujus paragraphi aliquid 2 lubet de jure asyli discurrere, quod nihil est aliud, quam privilegium, quo gaudent Ecclesiæ, ut confugientes ad illas, velut ad asylum per vim extrahi non possint. *Pirrhing. de immunit. Eccles. sect. 2. §. 1.*

Quæres primo, quo jure competat Jus asyli? Multum refert scire, num Jure naturali, num Divino, num humano 3 posito Jus asyli competat; nam si Jure naturali, aut Divino competere dicas, & affirmes, necesse est talem immunitatem Jure positivo humano per consuetudinem, aut legem contrariam tolli non posse. Respondeo, communiter obtinere Jus asyli, neque Jure naturali, neque Divino, sed humano tantum canonico & civili introductum esse. Ratio, quia seclusa prohibitione non intrinsece, malum est, reos ex templis extrahere si fiat hoc cum debita reverentia. Quod intrinsece malum non sit, patet ex eo, quia sunt casus excepti, quibus licet reos extrahere ex templis, qui casus excipi non possent, si intrinsece malum foret ex templis extrahere reos; nam quod intrinsece malum est tale esse desinere non potest, nisi essentias rerum mutari posse existimes. Verum ergo manet, Jure naturali Jus asyli non competere. Neque etiam competit Jure Divino; nam licet hoc Jus præcipiat, Deum colendum, & locis sacris reverentiam exhibendam esse, non tamen inde recte ad immunitatem reis præstandam infertur, cum econtra etiam crimina coërcenda esse, Jure naturali & Divino statutum sit.

Deinde ostendi non potest, Jus asyli in sacra scriptura Ecclesiis datum esse, aut ab Apostolis traditum. *Zoes. de immunit. Eccles. num.* 6. *Engl. eod. tit. n.* 7. *Gonzalez. in cap.* 4. *n.* 8. *eod.*

4 Quæres secundo, Utrum omnes omnino Ecclesiæ etiam necdum consecratæ, pollutæ, vel interdictæ hoc Jus Immunitatis habeant?

Quod attinet ad Ecclesias necdum consecratas, in quibus tamen cum licentia Episcopi missæ celebrantur, textus expressus habetur *in cap.* 9. *h. t.* quod immunitate gaudeant. De aliis vero Ecclesiis non consecratis, in quibus nullæ adhuc missæ lectæ sunt, textus quidem expressus non habetur, communi tamen opinione etiam iis hoc privilegium adscribitur; quia talis Ecclesia ex sola auctoritativa deputatione sacra censetur. *Arg. cap. ad hæc. de reliq. domib.* Ubi dicitur locum ad usum hospitalitatis destinatum, non esse mundanis usibus deputandum. *Zoes. loc. cit. num.* 8.

5 Ad Ecclesias pollutas quod attinet, etiam iis Jus asyli competere verius est, ratio, quia effectus pollutionis eatenus tantum operatur, ut divina officia in Ecclesia celebrari nequeant, adeoque cum inter effectus pollutionis Jure expressos iste, ut scilicet Jus asyli amittatur, non reperiatur, alii effectus propria authoritate statuendi non sunt, ne pœna sine textu augeatur, aut inducatur. *Zoes. ad Decret. de immunit. Eccles. n.* 9. *Engl. n.* 11.

6 Sciendum Ecclesiam primo pollui per sepulturam infidelis vel etiam fidelis excommunicati aut hæretici. Secundo per homicidium aut sanguinis injuriosam effusionem. Tertio per effusionem seminis humani *cap. fin. de consecrat. Eccles.* debet autem effusio seminis esse voluntaria, & publica: Nam involuntaria non polluit Ecclesiam. Et occulta pollutio sive fornicatio Ecclesiam non polluit, quia Ecclesia de occultis non judicat, & *in cap. significasti* 5. *de adulteriis*, ideo reconciliatio necessaria esse videtur, quia publice delictum detectum est. *Pirrh. de consecrat. Eccles* §. 3. ubi ad hoc requirit, ut per effusionem seminis polluatur Ecclesia, notorietatem delicti. *Zoes. num.* 9. *eod.*

Per actum conjugalem Ecclesiam pollui communiter docent, licet enim talis actus in se non ponat peccatum, fit tamen effusio seminis sacrilega propter irreverentiam loco sacro exhibitam. Quod si ratio necessitatis copulam conjugalem exigat, forte, quia conjugati ab hostibus in templo obsessi, aut conclusi sunt, & locum exercendi copulam non habeant, & sine periculo incontinentiæ abstinere non possint, tunc Ecclesiam non pollui communiter obtinet; necessitas enim non recipit legem, *Zoes. n.* 8. *Engl. num.* 12. 7

Ad Ecclesias interdictas quod attinet, non obstante interdicto Jus asyli competit, cum inter effectus interdicti non ponatur privatio istius immunitatis, adeoque pœna sine expresso textu non extendenda est; cum odiosa restringenda sint. Accedit quod Clericus, licet interdictus, suspensus, aut excommunicatus sit, tamen retineat privilegium Canonis, & fori: ergo etiam, licet Ecclesia interdicta sit, tamen retinebit Jus asyli; sicut enim in priori casu sine expresso textu pœna restringi debet, ita etiam in posteriori casu id observandum. *Engl.* & *Zoes. dd. lo.*

Quæres tertio, quibus ergo competat Jus asyli? Respondetur cum distinctione: aut enim loquimur de servo aut de libero homine. Primo casu, si servus propter nimiam sævitiam domini confugerit ad Ecclesiam, tunc habet locum dispo- 8

dispositio paragraphi nostri, ut dominus cogatur eum bonis conditionibus vendere. Si vero propter modicam sævitiam domini, vel leve aliquod delictum commissum erga dominum, servus timens puniri a domino ad Ecclesiam confugerit restituendus est domino, præstita tamen cautione de vitæ & membrorum impunitate. *L. 6. §. si servus, Cod. de his qui ad Eccles.* Secundo casu subdistinguitur: aut liber homo propter debitorum oppressionem confugit ad Ecclesiam, aut propter delictum. Si prius tunc quidem immunis erit, ut extrahi non possit, citatus tamen à Judice comparebit aut per se, aut per procuratorem, & fit missio in bonorum possessionem. *d. l. 6. §. 1. Cod. de his qui ad Eccles.*

Si posterius, tunc vel commisit delictum atrox, cui venit imponenda corporalis, vel cui venit imponenda pœna pecuniaria. Si hoc, immunitate gaudet, ut invitus extrahi non possit, *l. 2. Cod. eod.* ratio, ne turbentur ministeria divina, preces & vota, quæ cum pace & quiete fieri oportet. *L. 5. Cod. eod.* Si illud, de jure civili immunitate non gaudet, adeoque invitus extrahi potest. *Nov. 17. cap. 7. de mandat. princip.*

Dico *de jure civili*, secus est de jure Canonico, de quo immunitas tam in causa civili, quam criminali locum habet, & propter nullum crimen reus extrahi potest, nisi in casibus jure exceptis.

Excipiuntur autem sequentes. Primo occidentes vel mutilantes in Ecclesia, aut ejus cœmeterio; frustra enim legis auxilium implorant, qui delinquunt in
9 legem *cap. 10. X de immunit. Eccles. & nov. 117. cap. 15.* Secundo publicus latro, seu viarum grassator, & nocturnus agrorum depopulator *cap. eod.* Tertio, occidens proditorie. Proditorie occidens dicitur, qui ex proposito & animo deliberato occidit, sine rixa aut ira subito commota. *Zoës. de immunit. Eccles. num. 28.* Quarto assassini dantes vel accipientes pecuniam pro occisione. Quinto rei criminis læsæ Majestatis in personam Principis. *Clariss. D.P. König. ad Decret d. t. n. 10.*

Quæres quarto, an gaudeat Immuni- 10
tate confugiens ad sacerdotem portantem sacram Eucharistiam?

Dixeris quod non, hoc inductus argumento. Si Eucharistia ad incarceratum defertur, talis non gaudet immunitate Ecclesiastica; ergo neque qui confugit ad sacerdotem portantem Eucharistiam.

Verum communiter tuentur DD. contrarium, propter quod enim unumquoque tale est, illud magis est tale, sed propter Deum Ecclesiis est hæc immunitas concessa; ergo longe magis DEO. Confirmatur ex eo, quod procul dubio quis non cum minori irreverentia per lictores a Venerabili, quam Ecclesia abstraheretur. *Zoës. loc. cit. num. 11. P. Engl. ibid. num. 17.* Dissentit *Covar. var. resolut. lib. 2. cap. 2. n. 6.* eo, quod hæc immunitas locis tantum sacris Jure Canonico concessa reperiatur.

Ad rationem dubitandi Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam; differentiæ ratio est, quod incarceratus non sit amplius liber. Immunitatis autem Ecclesiasticæ effectus est, ut existens in libertate in ea conservetur, non ut vinctus in libertatem asseratur, ut in captivo per Ecclesiam ducto patet, qui similiter hac Immunitate non gaudet; quia etiam liber non est. Secus est in casu confugientis ad Sacerdotem portantem Eucharistiam, hic enim liber est *Zoës. loc. cit. num. 35. & 36. Chiingensp. Inst. h. t. q. 18.*

tem in potestate est, alium in potestate habere non potest. *L. 21. ad leg. Jul. de adult.*

Dixi, *ex linea masculina*, qui enim ex tua filia nascuntur, in potestate tua non sunt, sed patris eorum; quoniam ex legitimo thoro suscepti non matris, sed patris conditionem sequuntur. *L. 19. ff. de stat. homin. Harp. num. 11. hic.*

TITULUS X.

DE NUPTIIS.

SUMMARIA.

1 *Etymologia Sponsalium ponitur.*
2 *Definiuntur Sponsalia.*
3 *Divisio eorum.*
4 *Quis possit contrahere Sponsalia?*
5 *An inamoratus recte contrahat?*
6 *Minor septennio valide sponsalia contrahit, si malitia ætatem suppleat?*
7 *Parentes possunt nomine liberorum sponsalia contrahere.*
8 *Procurator an sponsalia recte pangat?*
9 *Numerantur requisita sponsalium.*
10 *Deflorans puellam sub spe matrimonii, an teneatur illam ducere?*
11 *Sponsalia gratuita qualiter obligent.*
12 *Taciturnitas non ponit sponsalia.*
13 *Sponsalibus an pœna conventionalis recte adjiciatur?*
14 *Resolvuntur objectiones.*
15 *Quomodo sponsalia dissolvantur?*
16 *An per nudum votum ingrediendæ religionis solvantur? an per votum castitatis?*
17 *An matrimonio soluto reviviscant priora sponsalia?*
18 *An sponsalia priora solvantur per posteriora juramento firmata?*
19 *Quid si posterioribus accesserit copula?*
20 *Ob fornicationem solvuntur sponsalia.*
21 *Quid si utraque pars fornicata fuerit?*
22 *Gradus consanguinitatis novisse multum interest.*
23 *Consanguinitas definitur.*
24 *Linea quid sit & quotuplex?*
25 *Quid stipes?*
26 27 & 28 *Traduntur regulæ, ex quibus gradus Consanguinitatis cognoscuntur.*
29 *Matrimonium in quarto gradu prohibitum.*
30 *Affinitas definitur.*
31. 32. 33. 34. 35. & 36. *Enumerantur regulæ, ex quibus gradus affinitatis cognoscuntur.*
37 *Dispensatio an in linea recta locum habeat?*
38 *An in linea obliqua?*
39 *Matrimonium in secundo gradu jure tantum humano prohibitum de jure naturæ.*
40 *In linea collaterali affinitatis matrimonium tantum prohibetur de jure positivo humano.*
42 *Dispensatio non habet locum in gradibus jure naturæ prohibitis.*
43 *Nuptiæ unde dicantur?*
44 *Quid sit matrimonium?*
45 *Quomodo dividatur?*
46 *Quis illud possit contrahere?*
47 *Enumerantur requisita matrimonii.*
48 *Consensus parentum an requiratur ad nuptias.*
49 *Parochus proprius quis dicatur?*
50 *Adulterium facit separari matrimonium quoad thorum & mensam.*
51 *Non vero dissolvi quoad vinculum.*
52 *Separatio quoad thorum & mensam, in quibus casibus non procedat?*

53 *Impe-*

53 *Impedimenta impedientia & dirimentia qualia & quot sint?*
54 *Error ſubſtantialis eſt impedimentum dirimens.*
55 *Non accidentalis.*
56 *Niſi hic redundet in errorem perſonæ.*
57 *Conditio quando ponat impedimentum dirimens?*
58 *Hæc conditio, ſi mecum in perpetua caſtitate vixeris, an ponat impedimentum dirimens?*
59 *Conditio quomodo differat a modo, à demonſtratione, & cauſa.*
60 *Votum, Item*
61 *Cognatio ſpiritualis, vel*
62 *Legalis quando ponat impedimentum dirimens.*
63 *Adulterium & conjugicidium ut dirimant matrimonium, quid requiratur?*
64 *Cultus diſparitas dirimit matrimonium.*
65 *Metus quid ſit?*
67 *Quando dirimat matrimonium?*
68 *Ordo,*
69 *Ligamen,*
70 *Publica honeſtas, ſunt impedimenta dirimentia.*
71 *Impotentia quotuplex ſit?*
72 *Quæ dirimat matrimonium?*
73 *Eunuchi ſeu caſtrati non poſſunt contrahere matrimonium.*
74 *Bene vero Spadones.*
75 *Raptus facit dirimi matrimonium.*
76 *Legitimatio quid ſit?*
77 *Quotuplex ſit?*
78 *Quid ad legitimationem per ſubſequens matrimonium requiratur?*
79 *An in articulo mortis procedat?*
80 *Adulterini non poſſunt legitimari per ſubſequens matrimonium.*
81 *Licet impedimentum tempore nativitatis ceſſaverit?*
82 *Reſolvuntur argumenta contraria.*
83 *Inſtrumenta dotalia an requirantur?*
84 *An conſenſus liberorum?*
85 *Legitimati per ſubſequens matrimonium ſuccedunt in feudis.*
86 *An legitimatio tribuat jus primogenituræ.*
87 *Legitimatio per reſcriptum quid ſit?*
88 *Quis illam perficere poſſit?*
89 *Quid requiratur?*
90 *Quis ejus effectus?*

Egimus de poteſtate patria in genere; ſupereſt, ut dicamus de modis, quibus illa inducitur. Sunt autem tres cauſæ conſtitutivæ patriæ poteſtatis, videlicet juſtæ nuptiæ, legitimatio, & adoptio. Cum vero nuptiarum aurora ſint ſponſalia, ideo primo loco de his, utpote materia utili & uſitata agemus, ubi cum iſta materia dirigatur ex regulis Juris Canonici, non textus methodum, utpote juris civilis formam explicantem, ſequar, ſed alia, & utiliori via incedam.

1 Sponſalia a ſpondendo dicta, *L. 1. ff. de Sponſ.* Quia olim moris erat ſtipulari, ac ſpondere uxores ſibi futuras, unde ac ſponſi, ſponſæque appellatio nata eſt. *Harp. num. 3. h. t.*

2 Definiuntur quod ſint mentio (hoc eſt *Stipulatio*), & repromiſſio, hoc eſt *reciproca promiſſio* futurarum nuptiarum. *L. 1. ff. de Sponſal.*

3 Dividuntur ſponſalia in ſponſalia *de futuro*, & ſponſalia *de præſenti*. Sponſalia de futuro ſunt promiſſio, & repromiſſio futuri matrimonii: v. g. ducam te in uxorem. Sponſalia de præſenti ſunt promiſſio & repromiſſio de præſenti facta, v. g. accipio te in uxorem meam; & talia ſponſalia de Jure Canonico olim pro rato matrimonio habebantur, ita ut mutuo diſſenſu amplius non potuerint diſſolvi. *Hunn. de Treutl. vol. 2. diſp. 6. th. 1. q. 5.*

Verum

Verum hodie *post Concil. Trident. Seff. 24 de reformat. cap.* 1. utpote de quo nullum matrimonium sine præsentia Parochi & testium contrahi potest, non dantur amplius Sponsalia de præsenti, nisi matrimonium ratum alia nuncupare velis, prout ita nuncupat *Ebling. q. 10. de pat. potest.* Unde sua sponte fluit, licet ante Concilium Tridentinum sponsalia clam contracta per secutam copulam in matrimonium transierunt, *Cap.* 30. ✠ *de sponsal.*, hodie tamen in locis ubi Concilium Tridentinum receptum est, id non amplius obtinere, & talem copulam pro nuda fornicatione haberi, non inducente matrimonium. *Pirrhing. §. 5. de sponsal. Engl. §. 1. num. 6. eod.*

Sponsalia contrahere possunt omnes, qui & nuptias. Contra, quibus nuptias contrahere prohibitum est, nec sponsalia contrahere possunt. *Cap. ult.* ✠ *de pact. l. 15. ff. de condit. Inst. l. 16. ff. de spons.*

Dices. Impubes non potest contrahere matrimonium, & tamen potest contrahere sponsalia; ergo falsum est, quod is sponsalia contrahere nequeat, qui ad contrahendas nuptias est inhabilis. *Resp.* Nos dunfaxat illos excludere à licentia contrahendi sponsalia, qui absolute sunt inhabiles ad nuptias, non illos qui spem habilitatis habent.

In specie sponsalia contrahere prohibentur, 1. Furiosus, sive ille, qui cum rabie insanit, quia non intelligit, quod agit. §. 8. *de Instit. de Inut. stipulat.* & omni consensu destituitur. *L. 2. Cod. de Contrah. empt.*

Dubitatur an libidinosi, & cæci amoris œstro perciti sponsalia valide contrahant?

Negativa rationis mole non caret, cum amens, & amans pari videantur deambulare passu. *arg. Nov. 74. cap. 4.* asserentis: *nihil esse furore amoris vehementius.* Hinc scite sapientissimus Romanorum Seneca: *Amor*, inquit, *rationis oblivio est & insaniæ proximus, fœdum, minimeque conveniens vitium, turbat consilia, altos, & generosos spiritus frangit, à magnis cogitationibus ad humillimas detrahit, & teste Publio, amare, & sapere vix Jovi conceditur.*

Ast opposita sententia in praxi & curiis Germaniæ triumphat; enim vero ad sponsalia non alia animi deliberatio requiritur, quam illa, quæ requiritur ad committendum peccatum mortale; atqui amoris œstro perciti tali gaudent animi deliberatione; ergo sponsalia valide pangunt.

Ad rationem dubitandi *ex nov. 74. cap. 4.* desumptam. *Resp.* inamoratum furioso tantum improprie, & in aliquibus comparari. *Clariss. D. P. König. ad J. Con, lib. 4. tit. 1. p. 1. §. 7. num. 33.*

Secundo prohibentur sponsalia contrahere mente capti, sive ii, qui citra œstrum furoris placide delirant. Quia nesciunt, quod agunt.

Tertio ebrii ebrietate perfecta, sive tali, quæ inducit omnimodam alienationem mentis; quia stante tali ebrietate non potest deliberate consentire.

Quarto infantes, sive ii, qui nondum complerunt annum septimum. *L. 14. ff. de spons. cap. 4. 5. & 13.* ✠ *de desponf. impub.*

Quæres 1. possitne minor septennio contrahere sponsalia, si præcocitas ingenii antevertat annos, & malitia ætatem suppleat?

Negativam propugnant *Clariss. D. P. König. lib. 2. tit. 2. §. 2. num. 5. Fachin. lib. 3. cap. 26. Harp. Instit. de nupt. n. 10. Zoëf. ad Decret. de spons. n. 5.*

Moventur 1. *per cap. 4. & 13.* ✠ *de desponf.*

despons. impub. ubi expressè sancitur, sponsalia ante septennium contrahi non posse. Ergò.

Moventur 2. Jura de illis casibus constituuntur, qui frequenter accidunt. *L.* 3. 4. 5. 6. & 10. *ff. de LL.* ergo cùm rarissimè accidat, quòd ante septennium sufficiens rationis usus ad sponsalia pangenda adsit, à regula generali non recedendum erit.

Moventur 3. ubi adest præsumptio juris & de jure, non admittitur probatio in contrarium. *Menoch. l.* 1. *quæst.* 3. *num.* 17. & 20. *de præsumpt.* sed in minore septenniò adest præsumptio juris & de jure; ergo non admittitur probatio in contrarium, puta, adesse sufficientem usum rationis. *Minor ostenditur.* Tunc adest præsumptio juris & de jure, si jus aliquid præsumit, & super præsumpto statuit, disponitque *Zoes. f. de probat. & præsumpt. n.* 12. Sed Jus Canonicum præsumit in minore septenniò non esse sufficientem usum rationis ad contrahenda sponsalia, & desuper statuit *d. cap.* 4. 5. & 13. ergò adest præsumptio juris & de jure.

Moventur 4. tempus, quod requiritur ad testamenti factionem, anteverti non potest præcocitate ingenii *l.* 5. *ff. qui testam. facere possunt.* Ergò neque tempus, quod requiritur ad contrahenda sponsalia.

6 His tamen argumentis non obstantibus affirmativæ subscribo, cui quoque assensu suo patrocinantur *P. Wex. tract. de spon. p.* 1. §. 3. *num.* 18. *Sanchez. de matrim. lib.* 1. *disp.* 16. *num.* 9. *P. Engl. de desponsat. impub. num.* 2. *Glettle de pact. & contract. cap.* 4. §. 1. *num.* 8.

Facit 1. *Cap.* 3. ✠ *de sponsal. ubi* juvenis quidam cum puella nondum septenni sponsalia contraxit, & deinde cum consobrina ejusdem puellæ, id est, *mit des Magdels Schwester Tochter* matrimonium iniit: jussit in eo casu S. Pontifex propter impedimentum publicæ honestatis sequens matrimonium rescindi. Quæ ratio rescindendi inepta foret, si ante septennium non possent consistere sponsalia, quia ex sponsalibus ob defectum consensûs invalidis non consurgit impedimentum publicæ honestatis. *Cap.* 4. *de despons. impub.*

Non obstat: Si dicas cum antagonistis, quòd copula in dicto casu cum priori intervenerit. Respondetur enim, si propter copulam matrimonium rescissum fuisset, malè S. Pontifex allegasset ob impedimentum publicæ honestatis matrimonium rescindi debere, quia copula ponit impedimentum affinitatis, prout de affinitate disseremus.

Facit 2. Non obstante, quòd matrimonio contrahendo certa ætas, scilicet, masculis quatuordecim, fœminis duodecim annorum definita sit, si tamen malitia ætatem suppleat, matrimonium ante tempus definitum contractum valet. *Cap.* 9. *de despons. impub.* ergò etiam, esto sponsalibus contrahendis certa ætas definita sit, si tamen malitia ætatem suppleat, valebunt sponsalia, cùm à matrimonio ad sponsalia legitimum ducatur argumentum. *arg. L.* 16. *ff. de spons.*

Facit. 3. stando in jure naturæ potest minor septem annis contrahere sponsalia, modò habeat sufficientem usum rationis, ergò idem dicendum de jure positivo: cùm hoc in passu nullibi à jure naturali recesserit. Imò

Facit 4. *L.* 14. *ff. de sponsal.* ubi dicitur ætatem pro sponsalibus non ita esse definitam, sicut in matrimonio. Idem *eodem textu* dicitur à primordio ætatis sponsalia effici posse, si modo contrahentes intelligant, quid agant. Nec adversatur, quòd textus *d. l.* 14. sub-

jungat hæc verba: *Si non ſint minores, quàm ſeptem annis*; enim verò hæc ultima verba recipiunt hunc ſenſum; non ſint minores illi, qui non habent ſufficientem uſum rationis. Lex enim hic ſupponit, ante ſeptennium non adeſſe ſufficientem uſum rationis, adeòque ut brevis ſim, textus ſic debet intelligi: *Modo id fieri ab utraque perſona intelligatur*; quod regulariter contingit, ſi non ſint minores ſeptenniò. Sane ſi ex iſto textu evincere velis, ſeptennium requiri præcisè ad ſponſalia, fatearis neceſſe eſt, intra paucas lineolas Juris conſultus ſibi contradixiſſe cenſeatur, quod abſurdum foret. *Wex. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem ad primum reſpondetur *diſtinguendo antecedens*. Sponſalia ante ſeptennium contrahi non poſſunt, ſuppoſitò quòd ſufficiens uſus rationis non adſit; *concedo antecedens*, ſi adſit, *nego antecedens & conſequentiam*. Capitula, in quibus dicitur, quòd ante ſeptennium non valeant ſponſalia, fundantur in præſumptione, quòd ante illud tempus nondum adſit ſufficiens uſus rationis, leges autem in præſumptione fundatæ non obligant, ſi præſumptio ſit falſa.

Secundum ruit ab experientia, quâ videmus præſertim in Auſtria, non raro contingere, ut ante ſeptennium multi ſatis intelligant, quis ſit matrimonii finis. Deinde tranſeat rarò contingere, utique tamen oportet ſcire, quid Juris etiam in caſibus rarò contingentibus.

Tertium, in quo Achillen ponunt, facili labore proſternitur. Reſpondetur enim, illam regulam, quòd præſumptio Juris & de jure non admittat probationem in contrarium, non procedere univerſaliter, ſed limitationem recipere in caſu, quò contrarium notorium eſt, *Menoch. lib. 1. de Præſump. quæſt. 60. n. 8. eod. tit.* Sic jure antiquo dabatur etiam præſumptio juris & de jure, quod ſponſalia de futuro tranſierint in matrimonium per carnalem copulam cum ſponſa ſubſecutam. *Cap. 30. X de ſponſal.* & tamen ſi conſtiterit, quòd copula non maritali affectu, ſed tantum fornicariò fuerit habita, non valebat matrimonium, & præſumptio debuit cedere veritati; ergo etiam ſi conſtet, notoriumque ſit, adeſſe in minore ſeptennio ſufficientem uſum rationis, præſumptio locum non habebit.

Quartum pari modo haud difficulter convellitur. Reſpondetur enim concedendo antecedens, negando conſequentiam. Quia in teſtamenti factione quatuordecim anni pro forma requiruntur, forma autem per æquipollens non impletur. *L. 3. §. fin. ff. jurejur.* In noſtro autem caſu ſeptem anni deſiderantur, quia jura præſumunt, priùs non adeſſe ſufficientem uſum rationis. Quæ præſumptio, ſi non verificetur, neque lex habebit locum.

Diximus, qui nomine proprio poſſint contrahere ſponſalia, ſequitur de iis, qui nomine alieno contrahunt. v.g. parentes, procuratores. Parentes enim liberos ſuos deſpondere, vel nomine illorum ſponſalia contrahere poſſe certi & indubitati juris eſt, *C. un. de deſponſat. impub. in 6.* Quod tamen cum diſtinctione procedit. Vel enim parentes contrahunt ſponſalia pro filio adhuc infante, aut abſente, vel pro eo, qui infantiam jam exceſſit, & præſens eſt. Si pro filio adhuc infante aut abſente: non aliter tenent ſponſalia, quam ſi filius infantiam egreſſus aut reverſus factum patris approbaverit. Si pro filio, qui infantiam jam exceſſit, & præſens 7

sens est, tenent sponsalia, quamvis filius expressè non consentiat; sufficit enim, quod non contradicat *d. cap. un.* cùm enim parentes plus filios, quam se ipsos diligant. *l.* 8. *quod met. caus.* præsumitur rectè eos filiis consulere, & filios iis consentire; qui enim tacet, vel maximè in favorabilibus, videtur consentire. *Sanchez lib.* 1. *disp.* 23. *n.* 3.

Dixi *parentes*, quia æque Matri ac Patri pro filio contrahere sponsalia concessum est, tum quod *d. cap. un.* de parentibus loquatur, sub quo nomine uterque parens includitur: Tum quòd decisio textûs *d. cap. un.* non innitatur patriæ potestati, sed amori paterno, qui æquè in matre, quàm patre reperibilis est. *Engl. lib.* 4. *tit.* 2. §. 2. *num.* 4.

8 Procuratores sponsalia si contrahant, non aliter vim obtinent, quàm si mandatum speciale in ordine ad determinatam personam acceperint à persona principali, & hæc in voluntate sua perstiterit. *Cap. ult. de procurat. in* 6. Unde sequitur, si principalem pœniteat, & mandatum in absentia procuratoris retractet, licèt procurator retractionis ignarus fuerit, sponsalia contraxerit, sponsalia tamen non valere, *d. cap. ult.* ratio est in favore libertatis, qui in matrimonio singulariter desideratur, posita.

Non obstat, quòd, si procurator datus ad alia negotia, & ignarus pœnitentiæ dantis negotia gesserit, utiliter agat; *Cap.* 13. *de procurat. Clement. un de renunt. l.* 15. *ff. mandati.* Nam ad sponsalia non sufficit consensus subtilitate juris fictus, sed requiritur verus & naturalis: quod secus est in aliis negotiis. *Franz. ad Inst. lib.* 1. *tit.* 10. §. 3. *part.* 1.

Porro plura adhuc requiruntur, ut sponsalia suis conditionibus absolvantur; & quidem,

9 Primo requiritur promissio vera, non simulata, hoc est sponsus debet habere serium animum se obligandi; verba enim non obligant citra consensum, sine quo nulla obligatio consurgit. Hinc sponsalia non sunt, si quis fictâ matrimonii promissione usum corporis à puellâ eblandiatur. *Sanchez. lib.* 1. *disp.* 9. *n.* 5. *Franz. ad Inst. ad loc. n.* 12.

Quæres secundo, an is teneatur puellam in uxorem ducere, si fictâ matrimonii promissione impetraverit ab eadem usum corporis?

Dixeris quòd non; si enim teneretur illam ducere, tunc vel teneretur ex obligatione sponsalium, vel ex damno illato; neutrum potest dici, ergo non tenetur. Non tenetur ex obligatione sponsalium, quia ad sponsalia requiritur verus consensus, & fictus non sufficit. Non ex damno illato, quia ratione damni illati tantùm teneatur ad compensationem, quæ utique aliter fieri poterit, quàm per nuptias. Sed verius est, quòd teneatur ad nuptias.

Ratio prima, quia justitia commutativa, vi cujus seductor tenetur, non 10 tantum vi[illegible] ut æquale reddatur, sed ut idem reddatur; adeoque si quis equum furatus est, non sufficit pretium ejus præstare, sed tenetur equum restituere, quia aliud pro alio invito creditori reddi non potest. *L.* 2. §. 1. *ff. de reb. credit.*

Ratio secunda desumitur *ex cap.* 1. *de adult. & stupro*, quod capitulum depromptum est *ex lib. exod.* 22. *vers.* 16. ubi dicitur: *si quis seduxerit virginem dormieritque cum ea, dotabit eam & habebit uxorem.*

Non obstat, quòd non verè, sed tantùm fictè consenserit. Quia contractuum innominatorum, do ut des, facio ut facias, ea est indoles, ut, si una pars conventioni satisfecerit, altera quoque teneatur satisfacere. *Tot. tit. ff. præscript.*

præscript. verb. Etiamsi tantùm fictè consenserit; tenebatur enim ex justitia verè consentire, & Conditio in mente retenta nihil operatur, *arg. l. 7. Cod. de condict. indeb.* Sic ponamus, fictè promisi Petro centum aureos, ut pro me eat Romam; si Petrus ivit, teneor dare centum: ergo etiam cum hic contractus fuerit mutuus, licet vi sponsalium fortè non obligetur, tenebitur tamen vi contractus innominati, do ut des, puellam ducere, cum qua censetur contractum innominatum iniisse, puta taliter: *exhibeo tibi usum corporis mei, ut me ducas in uxorem.* Jam vero, ut diximus, si una pars contractum impleverit, tenetur & altera illum implere. Ita docent *Sanchez l. 1. disp. 10. num. 3. Zoës. ad decret. de sponsal. num 20. Engl. lib. 4. tit. 1. §. 2. num. 13. Franz. ad Inst. l. 1. tit. 10. part. 1. §. 5. n. 12.*

Dices: Si ex concessis in memorato casu contractus innominatus intervenit, non tenetur factus promissor præcisè ad promissum: quoniam in contractibus innominatis debito interesse præstando liberatur. *L. 5. ff. præscript. verb.* Respondetur *d. l. 5.* procedere, si damnum solvendo interesse sit reparabile, quale non est hic. *Zoës. l. cit.*

Urges: damnum, quod puella sentit, propriâ culpâ sentit, adeoque non videtur sentire. *L. 203. ff. de R. J.* Ergo non debet resarciri. Respondetur, quòd damnum persuasione promissoris sentiat, qui non dolosè illam deflorare debuisset. Dixi *deflorare*: si enim puella virgo non fuerit, sed corrupta, ab illa ducenda liber erit, quia non tam decepit, quàm deceptus est, decipienti autem jura non patrocinantur. *Zoës. loc. cit. Sanchez. n. 11. & n. 21. d. loc.* ubi asserit si puella fraudem facilè advertere potuerit, quòd promissor in multo digniori, & altiori statu, atque conditione sit constitutus, quòd non teneatur illam ducere.

Secundò ad sponsalia requiritur promissio mutua, hoc est, ut pars utraque ad nuptias se obligare velit, promissio enim ex uno latere facta contractum sponsalium non inducit. Unde si virgini nuptias promittam, & ipsa non repromittat, ex neutra parte obligatio oritur. Non ex parte Virginis, quoniam animum contrahendi non habuit, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19 ff de R. G.* Non etiam ex mea, quia obligationem non aliam subire volui, quam sponsalitiam, quæ ex natura sua est mutua & reciproca. *Franz. ad inst. loc. cit. num. 13.*

Quæres tertio, an sponsalia ex merè gratuitâ & liberali promissione non possint ita contrahi, ut una dumtaxat pars esset obligata, altera non etiam? Respondetur posse quidem taliter contrahi à paritate emptionis, venditionis; tametsi enim emptio, venditio essentialiter utrinque sit obligatorius contractus, nemo tamen dubitat, quin possim promissionem ita concipere, ut velim obligatus tibi esse ex stipulatione, ad equum tibi vendendum, si illum intra annum emere volueris, ergo etiam licèt sponsalia sint contractus utrinque essentialiter obligatorius, non tamen video, quin taliter contrahi non possint, ut una saltem pars maneat obligata. 11

Dicitur taliter quidem posse contrahi sponsalia; sed talia sponsalia non producunt verum effectum sponsalium, puta publicæ honestatis impedimentum, adeoque vir mortuâ fœminâ, cui solus erat obligatus, ejus sororem rectè in uxorem ducit. *Engl. §. 2. de sponsal. n. 3. Wex.. part. 1. §. 2. n. 9.*

Tertio

Tertiò desideratur ad sponsalia, promissio verbis vel signis exterioribus sufficienter manifestata. Consensus enim merè internus ad inducendam obligationem justitiæ est insufficiens; quia cum sit absolutè insensibilis, non potest producere sensibilem effectum in ordine ad commercium humanum. *Pirhing. lib.* 4. *tit.* 2. §. 1. *n.* 3.

Planè verba non requiruntur præcisè ad Sponsalia, sed potest consensus in nuptias aliis quoque signis manifestari. Sic nullum est dubium, quin porrectione manuum, reciproca traditione, & insertione annulorum, &c. Sponsalia pangi possint. *Menoch. de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 2. *Sanchez. lib.* 1. *disp.* 22.

12 Quæres quarto, an taciturnitas sit tale signum, ex quo colligere liceat consensum Sponsalium? Fac. v.g. quod puellæ præsenti nuptias promittam, illa vero rubicundo suffusa pudore verecundans taceat, non annuat, non renuat, an hoc in casu matrimonium repromisisse censenda est? Ope distinctionis respondendum censeo. Vel enim de Sponsalibus pangendis præcessit tractatus aliquis, vel non præcessit. Si prius, fortè quòd actum fuerit de Sponsalibus hic & nunc contrahendis v.g. in præsentia amicorum, ad hunc finem convocatorum, Sponsalia contracta esse intelliguntur, quia sola verecundia videtur vocem sufflaminâsse, *Engl. n.* 2. §. 8. Si posterius, Sponsalia contracta non censentur, quia taciturnitas suapte vi nec consensum nec dissensum importat, sed ad utrumque est indifferens, *c.* 44. *de R. J. in* 6. & in dubio leges potiùs liberant, quàm obligant. *l.* 47. *ff. de oblig.* Non refragatur. Qui tacet, consentire videtur *cap.* 43. *de R. J. in* 6. ergo dum puella tacet, censetur consentire. Enim vero memorata regula tunc procedit, si de mero tacentis favore agatur, non etiam si de gravi præjudicio, quemadmodum in sponsalibus. Deinde *d. cap.* 44. *de R. J. in* 6. contrarium videtur sancire his verbis: *Qui tacet, non utique fatetur, sed neque negare videtur: Engl. loc. cit. Franz. n.* 15.

Effectus sponsalium est obligatio ad contrahendas nuptias, quæ obligatio stringit sub culpa lethali. Nisi justam resiliendi quis causam habeat, de quibus paulo post. Sine justa causa si quis resilire velit, monendus, si monitionem sperneret, censuris Ecclesiasticis compellendus erit. Sed caveat Judex à coactione tali, qualis induceret difficilem matrimonii exitum, *cap.* 10. & 17. *de sponsal.*

Non obstat *L.* 1. *Cod. de sponsal.* ubi jam desponsatæ licentia datur alii nubendi, quia *d. l.* 1. procedit de jure civili; In materia autem sponsalium, utpote spirituali, standum est Juri Canonico.

Quæres quinto: Possitne pœna conventionalis sponsalibus adjici, solvenda in eventum, si pars alterutra sine justa causa à sponsalibus recesserit; sive valeatne tale pactum, si absque justa causa à sponsalibus resilieris, solvas pro pœna mille? 13

Prima sententia negat, ita *Sanch. lib.* 1. *disp.* 30. *n.* 2. *Pirrhing. lib.* 4. *sect.* 1. §. 4. *num.* 22. *Brunn. in. l.* 5. *cod. de spons. n.* 12. *Perez. ibid. d.* 101. *Zoes. ff. de spons. n.* 10. *Wex. de sponsal. p.* 2. *cont. n.* 18, *Schamb. ad princ. Inst. de pat. potest.*

Moventur primo *ex cap. gemma* 29. *de sponsal* ubi Gregorius IX. dissertis terminis rescribit, ejusmodi pœnam, tanquam adversam libertati matrimonii sponsalibus adjici non posse.

TITULUS IX.

DE PATRIA POTESTATE.

SUMMARIUM.

1. *Patria potestas quid sit?*
2. *Cujus juris sit?*
3. *Effectus patriæ potestatis quales sint?*

DIximus in principio præcedentis tituli, personarum, quæ alieno juri subjectæ sunt, quasdam esse in potestate dominica, quasdam in potestate patria. De potestate dominica actum est: superest, ut de patria agamus.

AD PRINCIPIUM.

1 UT accuratius tractetur hoc principium, ponenda est definitio patriæ potestatis, statuendumque, quod sit jus, vi cujus descendentes ex masculis supremo ascendentium superstiti subjiciuntur in ordine ad certos effectus Jure introductos. Ita more suo solidissime *Clariss. DD. Franz. Inst. hic n. 2.*

Dicitur 1. *Supremo ascendentium superstiti*, quia pater cujus pater adhuc vivit, suum filium non habet in potestate patria; qui enim in potestate patria est, alium sub sua potestate habere non potest. *L. 21. ff. ad leg. Jul. de adult.*

Dicitur 2. *ex masculis supremo*, quia mater filium, sive liberos in potestate non habet §. *feminæ* 10. *Inst. de adopt.* Longe enim illustrior est patria potestas, quam quæ imbecilli fœminarum sexui concederetur, & indecorum plane atque indignum fuisset, fœminis imperium in liberos tribuere, utpote quas subesse potestati, non præesse decet. *Harp. numero 8. & 9.*

Itaque liberi nostri (inquit Imperator) in potestate nostra sunt, juxta antiquam Romuli legem: filius, quamdiu vixerit, in potestate patris maneto. *Mynsin. Inst. hic n. 2.* Sed quales sunt illi liberi? R. Illos solummodo liberos in potestate nostra esse, quos ex justis nuptiis procreavimus. *Text. hic.* Unde excludentur naturales, spurii, incestuosi &c.; ratio exclusionis ultima a Manzio statuitur hæc esse, quia ex patria potestate accedit patri multiplex commodum, nemo autem ex suo delicto commodum, & præmium reportare debet.

§. NUPTIÆ I.

TRaditur hic definitio nuptiarum quæ materia loco magis congruo infra. *tit.* 10. a nobis accurata lance trutinabitur, quo interea remissus esto.

§. JUS AUTEM. 2.

QUæritur in hoc paragrapho, cujus juris sit patria potestas? Respondet 2 Imperator, esse juris civilis, & addit rationem; quia nulli alii sunt homines, qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus. Accedit, quod patria potestas civili modo tollatur, puta, deportatione, emancipatione, &c. ergo erit juris civilis ex vulgata juris regula *in l. nihil tam naturale* 35. *ff. de R. J. Hunn. var. resol. lib. 1. tract. 2. q. 17.*

Dices omnes gentes habent suos liberos in patria potestate; ergo patria potestas non erit juris civilis, sed juris gentium. R. Dist. ant. Omnes gentes habent suos liberos in patria potestate qualicunque, conced. ant., tali, quali cives Romani

ni utuntur, neg. ant. & conſeq. Ultro largior, apud omnes gentes reperiri patriam poteſtatem; *vis* enim, teſte Plinio in panegyr. *& lex naturæ ſemper in ditione parentum eſſe liberos juſſit.* Sed illud nego talem apud omnes gentes reperiri in liberos poteſtatem qualem cives Romani habent, utpote qui varios effectus in ſuos liberos exercent, quos exercere aliis gentibus uſitatum non eſt, prout ex paulo poſt dicendis, & toto inſtitutionum decurſu luculentius fiet. Itaque tametſi, ſi originem ſpectes, patria poteſtas Juri gentium ſua cunabula referat in acceptis, Juris tamen civilis eſt, ſi formam ejus conſideres. *Harp. n. 2. Vinn. Inſt. hic. n. 1.*

3 Effectus patriæ poteſtatis multiplex eſt. Primus, quod olim Pater jus vitæ & necis in liberos habuerit. *l. ult. Cod. h. t. l. 11. ff. de lib. & poſth.* Verum cum patria poteſtas in pietate, non in atrocitate conſiſtere debeat, *l. 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid.* merito jus iſtud tanquam nimis rigidum & acerbum ſublatum eſt, & abolitum. *L. un. Cod. de his, qui parent. vel lib. occid.* Decens tamen & honeſta quædam emendatio ac poteſtas corrigendi liberos parentibus relicta eſt, *L. 3. h. t.* Hinc pater filium degenerem carceribus mancipari recte curat, aut Judici puniendum offert, ita tamen, ut judex pœnam irroget, quam Pater dictavit. *d. l. 3. Cod. eod. Schneid. num. 26. hic Clariſſ. D. D. Franz. Inſt. h. t. §. 7. num. 9.*

Secundus effectus patriæ poteſtatis eſt, quod Pater propter nimiam atque extremam egeſtatem liberos, quos in poteſtate habet, vendere & pignori obligare poſſit, ita tamen, ut poſtea oblato & refuſo pretio creditor filium priſtinæ teneatur reſtituere libertati. *L. 2. Cod. de patrib. qui filios ſuos diſtr. Vinn. in d. l. 2. Schneid. hic. num. 29.*

Hodie patri non amplius licet diſtrahere, aut nexu pignoris filios obſtringere, *Groenewegen de legib. abrogat. ad d. l. 2.* atque adeo incaſſum laborarem, ſi me circa matrem, an eidem de jure communi idem jus competat, anxie detinerem. Interim conſule *Arumæ. exercit. Juſt. 2. ib. 3. Harp. hic num. 23. Perez. in Cod. de Patrib. qui filios ſuos diſtr. Schneid. num. 29. Hun. var. reſol. l. 1. tract. 2. q. 16.*

Tertius effectus eſt, quod pater filio impuberi in teſtamento poſſit tutorem dare §. 3. *Inſt. de tutel.*

Quartus, quod ei poſſit pupillariter ſubſtituere, *tot. tit. Inſt. ff. & Cod. de pupill. ſubſt.*

Quintus, quod injuriam filio illatam poſſit remittere. *L. 17. §. filio fam. 11. ff. de Injur.*

Sextus, quod Pater bona adventitia filiorum iis etiam invitis adminiſtrare poſſit, *L. 1. Cod. de bon. mat. Schneid. num. 38. h. t.*

Septimus, quod filius, quidquid acquirit, acquirat Patri, *tot. tit. infra per quas perſ. cuique acquir.* ubi Deo dante, hunc ſeptimum effectum latius explicavimus.

Octavus effectus patriæ poteſtatis eſt, quod filius ſine conſenſu patris contra alium ſtare in judicio nequeat. *L. fin. Cod. de bon. quæ lib.* plures effectus pleno agmine producit. *Schneid. hic. num. 24. uſque ad num. 47.* quos ſuis propriis ſedibus expendemus.

§. QUI IGITUR. 3.

QUæritur hic, quinam liberi ſint in poteſtate patria? R. Non tantum filios & filias, ſed etiam nepotes, pronepotes atque cæteros ex linea maſculina deſcendentes. Ita tamen ut nepos ſit in poteſtate avi, & pronepos in poteſtate proavi &c.; ratio, cur nepos ſit in poteſtate avi, & non in ſui patris, eſt in aperto, quia pater ipſe eſt in poteſtate avi; qui au-

tem in potestate est, alium in potestate habere non potest. *L.21. ad leg. Jul. de adult.*

Dixi, *ex linea masculina*, qui enim ex tua filia nascuntur, in potestate tua non sunt, sed patris eorum; quoniam ex legitimo thoro suscepti non matris, sed patris conditionem sequuntur. *L. 19. ff. de stat. homin. Harp. num. 11. hic.*

TITULUS X,

DE NUPTIIS.

SUMMARIA.

53 *Impe-*

53 *Impedimenta impedientia & dirimentia qualia & quot sint?*
54 *Error substantialis est impedimentum dirimens.*
55 *Non accidentalis.*
56 *Nisi hic redundet in errorem personæ.*
57 *Conditio quando ponat impedimentum dirimens?*
58 *Hæc conditio, si mecum in perpetua castitate vixeris, an ponat impedimentum dirimens?*
59 *Conditio quomodo differat a modo, à demonstratione, & causa.*
60 *Votum, Item*
61 *Cognatio spiritualis, vel*
62 *Legalis quando ponat impedimentum dirimens.*
63 *Adulterium & conjugicidium ut dirimant matrimonium, quid requiratur?*
64 *Cultus disparitas dirimit matrimonium.*
65 *Metus quid sit?*
67 *Quando dirimat matrimonium?*
68 *Ordo,*
69 *Ligamen,*
70 *Publica honestas, sunt impedimenta dirimentia.*
71 *Impotentia quotuplex sit?*
72 *Quæ dirimat matrimonium?*
73 *Eunuchi seu castrati non possunt contrahere matrimonium.*
74 *Bene vero Spadones.*
75 *Raptus facit dirimi matrimonium.*
76 *Legitimatio quid sit?*
77 *Quotuplex sit?*
78 *Quid ad legitimationem per subsequens matrimonium requiratur?*
79 *An in articulo mortis procedat?*
80 *Adulterini non possunt legitimari per subsequens matrimonium.*
81 *Licet impedimentum tempore nativitatis cessaverit?*
82 *Resolvuntur argumenta contraria.*
83 *Instrumenta dotalia an requirantur?*
84 *An consensus liberorum?*
85 *Legitimati per subsequens matrimonium succedunt in feudis.*
86 *An legitimatio tribuat jus primogenituræ.*
87 *Legitimatio per rescriptum quid sit?*
88 *Quis illam perficere possit?*
89 *Quid requiratur?*
90 *Quis ejus effectus?*

EGimus de potestate patria in genere; superest, ut dicamus de modis, quibus illa inducitur. Sunt autem tres causæ constitutivæ patriæ potestatis, videlicet justæ nuptiæ, legitimatio, & adoptio. Cum vero nuptiarum aurora sint sponsalia, ideo primo loco de his, utpote materia utili & usitata agemus, ubi cum ista materia dirigatur ex regulis Juris Canonici, non textus methodum, utpote juris civilis formam explicantem, sequar, sed alia, & utiliori via incedam.

Sponsalia a spondendo dicta, *L. 1. ff.* 1
de spons. Quia olim moris erat stipulari, ac spondere uxores sibi futuras, unde ac sponsi, sponsæque appellatio nata est. *Harp. num. 3. h. t.*

Definiuntur quod sint mentio (hoc 2
est *Stipulatio*), & repromissio, hoc est *reciproca promissio* futurarum nuptiarum. *L. 1. ff. de Sponsal.*

Dividuntur sponsalia in sponsalia *de* 3
futuro, & sponsalia *de præsenti*. Sponsalia de futuro sunt promissio, & repromissio futuri matrimonii: v. g. ducam te in uxorem. Sponsalia de præsenti sunt promissio & repromissio de præsenti facta, v. g. accipio te in uxorem meam; & talia sponsalia de Jure Canonico olim pro rato matrimonio habebantur, ita ut mutuo dissensu amplius non potuerint dissolvi. *Hunn. ac Treutl. vol. 2. disp. 6. th. 1. q. 5.*

Verum

Verum hodie *post Concil. Trident. Seff.* 24 *de reformat. cap.* 1. utpote de quo nullum matrimonium sine præsentia Parochi & testium contrahi potest, non dantur amplius Sponsalia de præsenti, nisi matrimonium ratum i alia nuncupare velis, prout ita nuncupat *Chlingensp. q.* 10. *de pat. potest.* Unde sua sponte fluit, licet ante Concilium Tridentinum sponsalia clam contracta per secutam copulam in matrimonium transierunt, *Cap.* 30. ✠ *de sponsal.*, hodie tamen in locis ubi Concilium Tridentinum receptum est, id non amplius obtinere, & talem copulam pro nuda fornicatione haberi, non inducente matrimonium. *Pirrhing.* §. 5. *de sponsal. Engl.* §. 1. *num.* 6. *eod.*

Sponsalia contrahere possunt omnes, qui & nuptias. Contra, quibus nuptias contrahere prohibitum est, nec sponsalia contrahere possunt. *Cap. ult.* ✠ *de pact. l.* 15. *ff. de condit. Inst. l.* 16. *ff. de spons.*

Dices. Impubes non potest contrahere matrimonium, & tamen potest contrahere sponsalia; ergo falsum est, quod is sponsalia contrahere nequeat, qui ad contrahendas nuptias est inhabilis. Resp. Nos duntaxat illos excludere à licentia contrahendi sponsalia, qui absolute sunt inhabiles ad nuptias, non illos qui spem habilitatis habent.

In specie sponsalia contrahere prohibentur, 1. Furiosus, sive ille, qui cum rabie insanit, quia non intelligit, quod agit. §. 8. *de Instit. de Inut. stipulat.* & omni consensu destituitur. *L.* 2. *Cod. de Contrah. empt.*

Dubitatur an libidinosi, & cæci amoris œstro perciti sponsalia valide contrahant?

Negativa rationis mole non caret, cum amens, & amans pari videantur deambulare passu. *arg. Nov.* 74. *cap.* 4. asserentis: *nihil esse furore amoris vehementius.* Hinc scite sapientissimus Romanorum Seneca: *Amor*, inquit, *rationis oblivio est & insaniæ proximus, fædum, minimeque conveniens vitium, turbat consilia, altos, & generosos spiritus frangit, à magnis cogitationibus ad humillimas detrahit, & teste Publio, amare, & sapere vix Jovi conceditur.*

Ast opposita sententia in praxi & curiis Germaniæ triumphat; enim vero ad sponsalia non alia animi deliberatio requiritur, quam illa, quæ requiritur ad committendum peccatum mortale; atqui amoris œstro perciti tali gaudent animi deliberatione; ergo sponsalia valide pangunt.

Ad rationem dubitandi *ex nov.* 74. *cap.* 4. desumptam. Resp. inamoratum furioso tantum improprie, & in aliquibus comparari. *Clariss. D. P. König. ad J. Con, lib.* 4. *tit.* 1. *p.* 1. §. 7. *num.* 33.

Secundo prohibentur sponsalia contrahere mente capti, sive ii, qui citra œstrum furoris placide delirant. Quia nesciunt, quod agunt.

Tertio ebrii ebrietate perfecta, sive tali, quæ inducit omnimodam alienationem mentis; quia stante tali ebrietate non potest deliberate consentire.

Quarto infantes, sive ii, qui nondum compleverunt annum septimum. *L.* 14. *ff. de spons. cap.* 4. 5. & 13. ✠ *de despons. impub.*

Quæres 1. possitne minor septennio contrahere sponsalia, si præcocitas ingenii antevertat annos, & malitia ætatem suppleat?

Negativam propugnant *Clariss. D. P. König. lib.* 2. *tit.* 2. §. 2. *num.* 5. *Fachin. lib.* 3. *cap.* 26. *Harp. Instit. de nupt. n.* 10. *Zoës. ad Decret. de spons. n.* 5.

Moventur 1. *per cap.* 4. & 13. ✠ *de despons.*

despons. impub. ubi expressè sancitur, sponsalia ante septennium contrahi non posse. Ergò.

Moventur 2. Jura de illis casibus constituuntur, qui frequenter accidunt. *L.* 3. 4. 5. 6. & 10. *ff. de LL.* ergo cùm rarissimè accidat, quòd ante septennium sufficiens rationis usus ad sponsalia pangenda adsit, à regula generali non recedendum erit.

Moventur 3. ubi adest præsumptio juris & de jure, non admittitur probatio in contrarium. *Menoch. l.* 1. *quæst.* 3. *num.* 17. & 20. *de præsumpt.* sed in minore septenniò adest præsumptio juris & de jure; ergo non admittitur probatio in contrarium, puta, adesse sufficientem usum rationis. *Minor ostenditur.* Tunc adest præsumptio juris & de jure, si jus aliquid præsumit, & super præsumpto statuit, dispositque *Zoës. f. de probat. & præsumpt. n.* 12. Sed Jus Canonicum præsumit in minore septenniò non esse sufficientem usum rationis ad contrahenda sponsalia, & desuper statuit *d. cap.* 4. 5. & 13. ergò adest præsumptio juris & de jure.

Moventur 4. tempus, quod requiritur ad testamenti factionem, anteverti non potest præcocitate ingenii *l.* 5. *ff. qui testam. facere possunt.* Ergò neque tempus, quod requiritur ad contrahenda sponsalia.

6 His tamen argumentis non obstantibus affirmativæ subscribo, cui quoque assensu suo patrocinantur *P. Wex. tract. de spon. p.* 1. §. 3. *num.* 18. *Sanchez. de matrim. lib.* 1. *disp.* 16. *num.* 9. *P. Engl. de desponsat. impub. num.* 2. *Glettle de pact. & contract. cap.* 4. §. 1. *num.* 8.

Facit 1. *Cap.* 3. ✠ *de sponsal. ubi* juvenis quidam cum puella nondum septenni sponsalia contraxit, & deinde cum consobrina ejusdem puellæ, id est, *Rect ad Instituta.* *mit des Magdels Scawester Tochter* matrimonium iniit: jussit in eo casu S. Pontifex propter impedimentum publicæ honestatis sequens matrimonium rescindi. Quæ ratio rescindendi inepta foret, si ante septennium non possent consistere sponsalia, quia ex sponsalibus ob defectum consensûs invalidis non consurgit impedimentum publicæ honestatis. *Cap.* 4. *de despons. impub.*

Non obstat: Si dicas cum antagonistis, quòd copula in dicto casu cum priori intervenerit. Respondetur enim, si propter copulam matrimonium rescissum fuisset, malè S. Pontifex allegasset ob impedimentum publicæ honestatis matrimonium rescindi debere, quia copula ponit impedimentum affinitatis, prout de affinitate disseremus.

Facit 2. Non obstante, quòd matrimonio contrahendo certa ætas, scilicet, masculis quatuordecim, fœminis duodecim annorum definita sit, si tamen malitia ætatem suppleat, matrimonium ante tempus definitum contractum valet. *Cap.* 9. *de despons. impub.* ergò etiam, esto sponsalibus contrahendis certa ætas definita sit, si tamen malitia ætatem suppleat, valebunt sponsalia, cùm à matrimonio ad sponsalia legitimum ducatur argumentum. *arg. L.* 16. *ff. de spons.*

Facit. 3. stando in jure naturæ potest minor septem annis contrahere sponsalia, modò habeat sufficientem usum rationis, ergò idem dicendum de jure positivo: cùm hoc in passu nullibi à jure naturali recesserit. Imò

Facit 4. *L.* 14. *ff. de sponsal.* ubi dicitur ætatem pro sponsalibus non ita esse definitam, sicut in matrimonio. Idem *eodem textu* dicitur à primordio ætatis sponsalia effici posse, si modo contrahentes intelligant, quid agant. Nec adversatur, quòd textus *d. l.* 14. subjungat

jungat hæc verba: *Si non sint minores, quàm septem annis*; enim verò hæc ultima verba recipiunt hunc sensum; non sint minores illi, qui non habent sufficientem usum rationis. Lex enim hic supponit, ante septennium non adesse sufficientem usum rationis, adeòque ut brevis sim, textus sic debet intelligi: *Modo id fieri ab utraque persona intelligatur*; quod regulariter contingit, si non sint minores septenniò. Sane si ex isto textu evincere velis, septennium requiri præcisè ad sponsalia, fatearis necesse est, intra paucas lineolas Juris consultus sibi contradixisse censeatur, quod absurdum foret. *Wex. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem ad primum respondetur *distinguendo antecedens*. Sponsalia ante septennium contrahi non possunt, suppositò quòd sufficiens usus rationis non adsit; *concedo antecedens*, si adsit, *nego antecedens & consequentiam*. Capitula, in quibus dicitur, quòd ante septennium non valeant sponsalia, fundantur in præsumptione, quòd ante illud tempus nondum adsit sufficiens usus rationis, leges autem in præsumptione fundatæ non obligant, si præsumptio sit falsa.

Secundum ruit ab experientia, quâ videmus præsertim in Austria, non raro contingere, ut ante septennium multi satis intelligant, quis sit matrimonii finis. Deinde transeat rarò contingere, utique tamen oportet scire, quid Juris etiam in casibus raro contingentibus.

Tertium, in quo Achillen ponunt, facili labore prosternitur. Respondetur enim, illam regulam, quòd præsumptio Juris & de jure non admittat probationem in contrarium, non procedere universaliter, sed limitationem recipere in casu, quò contrarium notorium est, *Menoch. lib. 1. de Præsump. quæst.* 60. *n.* 8. *eod. tit.* Sic jure antiquo dabatur etiam præsumptio juris & de jure, quod sponsalia de futuro transierint in matrimonium per carnalem copulam cum sponsa subsecutam. *Cap.* 30. ✠ *de sponsal.* & tamen si constiterit, quòd copula non maritali affectu, sed tantum fornicariò fuerit habita, non valebat matrimonium, & præsumptio debuit cedere veritati; ergo etiam si constet, notoriumque sit, adesse in minore septennio sufficientem usum rationis, præsumptio locum non habebit.

Quartum pari modo haud difficulter convellitur. Respondetur enim concedendo antecedens, negando consequentiam. Quia in testamenti factione quatuordecim anni pro forma requiruntur, forma autem per æquipollens non impletur. *L.* 3. *§. fin. ff. jurejur.* In nostro autem casu septem anni desiderantur, quia jura præsumunt, priùs non adesse sufficientem usum rationis. Quæ præsumptio, si non verificetur, neque lex habebit locum.

Diximus, qui nomine proprio possint contrahere sponsalia, sequitur de iis, qui nomine alieno contrahunt. v. g. parentes, procuratores. Parentes enim liberos suos despondere, vel nomine illorum sponsalia contrahere posse certi & 7
indubitati juris est, *C. un. de desponsat. impub. in* 6. Quod tamen cum distinctione procedit. Vel enim parentes contrahunt sponsalia pro filio adhuc infante, aut absente, vel pro eo, qui infantiam jam excessit, & præsens est. Si pro filio adhuc infante aut absente: non aliter tenent sponsalia, quam si filius infantiam egressus aut reversus factum patris approbaverit. Si pro filio, qui infantiam jam excessit, & præsens

ſens eſt, tenent ſponſalia, quamvis filius expreſſè non conſentiat; ſufficit enim, quod non contradicat *d. cap. un.* cùm enim parentes plus filios, quam ſe ipſos diligant. *l.* 8. *quod met. cauſ.* præſumitur rectè eos filiis conſulere, & filios iis conſentire; qui enim tacet, vel maximè in favorabilibus, videtur conſentire. *Sanchez lib.* 1. *diſp.* 23. *n.* 3.

Dixi *parentes*, quia æque Matri ac Patri pro filio contrahere ſponſalia conceſſum eſt, tum quod *d. cap. un.* de parentibus loquatur, ſub quo nomine uterque parens includitur: Tum quòd deciſio textûs *d. cap. un.* non innitatur patriæ poteſtati, ſed amori paterno, qui æquè in matre, quam patre reperibilis eſt. *Engl. lib.* 4. *tit.* 2. §. 2. *num.* 4.

8 Procuratores ſponſalia ſi contrahant, non aliter vim obtinent, quàm ſi mandatum ſpeciale in ordine ad determinatam perſonam acceperint à perſona principali, & hæc in voluntate ſua perſtiterit. *Cap. ult. de procurat. in* 6. Unde ſequitur, ſi principalem pœniteat, & mandatum in abſentia procuratoris retractet, licèt procurator retractionis ignarus fuerit, ſponſalia contraxerit, ſponſalia tamen non valere, *d. cap. ult.* ratio eſt in favore libertatis, qui in matrimonio ſingulariter deſideratur, poſita.

Non obſtat, quòd, ſi procurator datus ad alia negotia, & ignarus pœnitentiæ dantis negotia geſſerit, utiliter agat; *Cap.* 13. *de procurat. Clement. un de renunt. l.* 15. *ff. mandati.* Nam ad ſponſalia non ſufficit conſenſus ſubtilitate juris fictus, ſed requiritur verus & naturalis: quod ſecus eſt in aliis negotiis. *Franz. ad Inſt. lib.* 1. *tit.* 10. §. 3. *part.* 1.

Porro plura adhuc requiruntur, ut ſponſalia ſuis conditionibus abſolvantur; & quidem,

9 Primo requiritur promiſſio vera, non ſimulata, hoc eſt ſponſus debet habere ſerium animum ſe obligandi; verba enim non obligant citra conſenſum, ſine quo nulla obligatio conſurgit. Hinc ſponſalia non ſunt, ſi quis fictâ matrimonii promiſſione uſum corporis à puellâ eblandiatur. *Sanchez. lib.* 1. *diſp.* 9. *n.* 5. *Franz. ad Inſt. ad loc. n.* 12.

Quæres ſecundo, an is teneatur puellam in uxorem ducere, ſi fictâ matrimonii promiſſione impetraverit ab eadem uſum corporis?

Dixeris quòd non; ſi enim teneretur illam ducere, tunc vel teneretur ex obligatione ſponſalium, vel ex damno illato; neutrum poteſt dici, ergo non tenetur. Non tenetur ex obligatione ſponſalium, quia ad ſponſalia requiritur verus conſenſus, & fictus non ſufficit. Non ex damno illato, quia ratione damni illati tantùm tenetur ad compenſationem, quæ utique aliter fieri poterit, quàm per nuptias. Sed verius eſt, quòd teneatur ad nuptias.

Ratio prima, quia juſtitia commutativa, vi cujus ſeductor tenetur, non tantum ut æquale reddatur, ſed ut idem reddatur; adeoque ſi quis equum furatus eſt, non ſufficit pretium ejus præſtare, ſed tenetur equum reſtituere, quia aliud pro alio invito creditori reddi non poteſt. *L.* 2. §. 1. *ff. de reb. credit.* 10

Ratio ſecunda deſumitur *ex cap.* 1. *de adult. & ſtupro*, quod capitulum depromptum eſt *ex lib. exod.* 22. *verſ.* 16. ubi dicitur: *ſi quis ſeduxerit virginem dormieritque cum ea, dotabit eam & habebit uxorem.*

Non obſtat, quòd non verè, ſed tantùm fictè conſenſerit. Quia contractuum innominatorum, do ut des, facio ut facias, ea eſt indoles, ut, ſi una pars conventioni ſatisfecerit, altera quoque teneatur ſatisfacere. *Tot. tit. ff. præſcript.*

H 2

præscript. verb. Etiamsi tantùm fictè consenserit; tenebatur enim ex justitia verè consentire, & Conditio in mente retenta nihil operatur, *arg. l. 7. Cod. de condict. indeb.* Sic ponamus, fictè promisi Petro centum aureos, ut pro me eat Romam; si Petrus ivit, teneor dare centum: ergo etiam cum hic contractus fuerit mutuus, licet vi sponsalium fortè non obligetur, tenebitur tamen vi contractus innominati, do ut des, puellam ducere, cum qua censetur contractum innominatum iniisse, puta taliter: *exhibeo tibi usum corporis mei, ut me ducas in uxorem.* Jam vero, ut diximus, si una pars contractum impleverit, tenetur & altera illum implere. Ita docent *Sanchez l. 1. disp. 10. num. 3. Zoës. ad decret. de sponsal. num. 20. Engl. lib. 4. tit. 1. §. 2. num. 13. Franz. ad Inst. l. 1. tit. 10. part. 1. §. 5. n. 12.*

Dices: Si ex concessis in memorato casu contractus innominatus intervenit, non tenetur factus promissor præcisè ad promissum: quoniam in contractibus innominatis debitor interesse præstando liberatur. *L. 5. ff. præscript. verb.* Respondetur *d. l. 5.* procedere, si damnum solvendo interesse sit reparabile, quale non est hic. *Zoës. l. cit.*

Urges: damnum, quod puella sentit, propriâ culpâ sentit, adeoque non videtur sentire. *L. 203. ff. de R. J.* Ergo non debet resarciri. Respondetur, quòd damnum persuasione promissoris sentiat, qui non dolosè illam deflorare debuisset. Dixi *deflorare*: si enim puella virgo non fuerit, sed corrupta, ab illa ducenda liber erit, quia non tam decepit, quàm deceptus est, decipienti autem jura non patrocinantur. *Zoës. loc. cit. Sanchez. n. 11. & n. 21. d. loc.* ubi asserit si puella fraudem facilè advertere potuerit, quòd promissor in multo digniori, & altiori statu, atque conditione sit constitutus, quòd non teneatur illam ducere.

Secundò ad sponsalia requiritur promissio mutua, hoc est, ut pars utraque ad nuptias se obligare velit, promissio enim ex uno latere facta contractum sponsalium non inducit. Unde si virgini nuptias promittam, & ipsa non repromittat, ex neutra parte obligatio oritur. Non ex parte Virginis, quoniam animum contrahendi non habuit, actus enim agentium non operantur ultra intentionem eorum. *L. 19 ff de R. G.* Non etiam ex mea, quia obligationem non aliam subire volui, quam sponsalitiam, quæ ex natura sua est mutua & reciproca. *Franz. ad inst. loc. cit. num. 13.*

Quæres tertio, an sponsalia ex merè gratuitâ & liberali promissione non possint ita contrahi, ut una dumtaxat pars esset obligata, altera non etiam? Respondetur posse quidem taliter contrahi à paritate emptionis, venditionis; tametsi enim emptio, venditio essentialiter utrinque sit obligatorius contractus, nemo tamen dubitat, quin possim promissionem ita concipere, ut velim obligatus tibi esse ex stipulatione, ad equum tibi vendendum, si illum intra annum emere volueris, ergo etiam licèt sponsalia sint contractus utrinque essentialiter obligatorius, non tamen video, quin taliter contrahi non possint, ut una saltem pars maneat obligata. 11

Dicitur taliter quidem posse contrahi sponsalia; sed talia sponsalia non producunt verum effectum sponsalium, puta publicæ honestatis impedimentum, adeoque vir mortuâ fœmina, cui solus erat obligatus, ejus sororem rectè in uxorem ducit. *Engl. §. 2. de spons. n. 3. Wex. part. 1. §. 2. n. 9.*

Tertio

Tertiò desideratur ad sponsalia, promissio verbis vel signis exterioribus sufficienter manifestata. Consensus enim merè internus ad inducendam obligationem justitiæ est insufficiens; quia cum sit absolutè insensibilis, non potest producere sensibilem effectum in ordine ad commercium humanum. *Pirhing. lib.* 4. *tit.* 2. §. 1. *n.* 3.

Planè verba non requiruntur præcisè ad Sponsalia, sed potest consensus in nuptias aliis quoque signis manifestari. Sic nullum est dubium, quin porrectione manuum, reciproca traditione, & insertione annulorum, &c. Sponsalia pangi possint. *Menoch. de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 2. *Sanchez. lib.* 1. *disp.* 22.

12 Quæres quarto, an taciturnitas sit tale signum, ex quo colligere liceat consensum Sponsalium? Fac. v.g. quod puellæ præsenti nuptias promittam, illa vero rubicundo suffusa pudore verecundans taceat, non annuat, non renuat, an hoc in casu matrimonium repromisisse censenda est? Ope distinctionis respondendum censeo. Vel enim de Sponsalibus pangendis præcessit tractatus aliquis, vel non præcessit. Si prius, fortè quòd actum fuerit de Sponsalibus hic & nunc contrahendis v.g. in præsentia amicorum, ad hunc finem convocatorum, Sponsalia contracta esse intelliguntur, quia sola verecundia videtur vocem sufflaminâsse, *Engl. n.* 2. §. 8. Si posterius, Sponsalia contracta non censentur, quia taciturnitas suapte vi nec consensum nec dissensum importat, sed ad utrumque est indifferens, *c.* 44. *de R. J. in* 6. & in dubio leges potiùs liberant, quàm obligant. *l.* 47. *ff. de oblig.*

Non refragatur. Qui tacet, consentire videtur *cap.* 43. *de R. J. in* 6. ergo dum puella tacet, censetur consentire. Enim vero memorata regula tunc procedit, si de mero tacentis favore agitur, non etiam si de gravi præjudicio, quemadmodum in sponsalibus. Deinde *d. cap.* 44. *de R. J. in* 6. contrarium videtur sancire his verbis: *Qui tacet, non utique fatetur, sed neque negare videtur: Engl. loc. cit. Franz. n.* 15.

Effectus sponsalium est obligatio ad contrahendas nuptias, quæ obligatio stringit sub culpa lethali. Nisi justam resiliendi quis causam habeat, de quibus paulo post. Sine justa causa si quis resilire velit, monendus, si monitionem sperneret, censuris Ecclesiasticis compellendus erit. Sed caveat Judex à coactione tali, qualis induceret difficilem matrimonii exitum, *cap.* 10. & 17. *X. de sponsal.*

Non obstat *L.* 1. *Cod. de sponsal.* ubi jam desponsatæ licentia datur alii nubendi, quia *d. l.* 1. procedit de jure civili; In materia autem sponsalium, utpote spirituali, standum est Juri Canonico.

Quæres quinto: Possitne pœna conventionalis sponsalibus adjici, solvenda in eventum, si pars alterutra sine justa causa à sponsalibus recesserit; sive valeatne tale pactum, si absque justa causa à sponsalibus resilieris, solvas pro pœna mille? 13

Prima sententia negat, ita *Sanch. lib.* 1. *disp.* 30. *n.* 2. *Pirrhing. lib.* 4. *sect.* 1. §. 4. *num.* 22. *Brunn. in. l.* 5. *cod. de sponsal. n.* 12. *Perez. ibid. d.* 101. *Zoës. ff. de sponsal. n.* 10. *Wex. de sponsal. p.* 2. *cont. n.* 18, *Schamb. ad princ. Inst. de pat. potest.*

Moventur primo *ex cap. gemma* 29. *de sponsal* ubi Gregorius IX. dissertis terminis rescribit, ejusmodi pœnam, tanquam adversam libertati matrimonii sponsalibus adjici non posse.

H 3 Moventur

Moventur secundò *ex l.* 134. *ff. de V. O.* ubi dicitur inhonestum visum esse, vinculò pœnæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.

Moventur tertiò *ex L.* 5. *Cod. de sponsal.* ubi in hæc verba rescribitur: *extra definitionem autem hujus* legis, *si cautio pœnam stipulationis continens fuerit interposita ex utraque parte nullas habebit vires, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.*

Verùm hæc argumenta tanta non sunt, ut in sui deditionem me trahant. Itaque teneo prædictum pactum valere, & si alterutra pars NB. sine justa causa recesserit, teneri ad solutionem pœnæ conventionalis. Ita docent *Glettle assert.* 56. *Laymann. lib.* 5. *Theolog. moral. tom.* 10. *p.* 1. *cap. num.* 8. *Haunold. de J. & J. cap.* 5. *cont.* 3. *num.* 364. *Engl. ad Decret. lib.* 4. *tit.* 1. §. 2. *n.* 7. *Clariss.* D. D. *Franz. Inst. l.* 1. *tit.* 10. *p.* 1. §. 7. *num.* 18.

Probatur primò: Si pœna conventionalis non posset adjici sponsalibus, esset ista ratio, quia restringit libertatem contrahendi matrimonii; sed non restringit, ergò potest adjici. *Minor* ostenditur: post inita sponsalia non adest ampliùs libertas illa, cui jura suffragantur; ergò pœna conventionalis non restringit libertatem matrimonii. *Antecedens probatur*: Libertas, cui jura suffragentur, est illa, quâ liberum est contrahere, vel non contrahere; sed post inita sponsalia non est ampliùs liberum contrahere, vel non contrahere, quia vi sponsalium jam tenetur contrahere; ergò non adest ampliùs libertas, cui jura suffragantur, sive illa, quam jura non volunt restringi.

Dices verum quidem esse, post contracta sponsalia non ampliùs adesse libertatem moralem, sive illam cui jura patrocinantur: adesse tamen libertatem physicam, sive naturalem, ut ecce! post contracta semel sponsalia etiam recessus à sponsalibus sine justa causa permittitur, si timeatur malus exitus matrimonii. *Cap.* 17. ✠ *de sponsal.* Jam fac, quòd hoc sciat pars, quæ pœnam promisit, & ita secum perpendat: possem adhuc resilire à sponsalibus, licèt causam justam non haberem; sed si de factò resilirem, incurrerem pœnam sponsalibus adjectam, quam ne incurram, contraham matrimonium. Ecce! hoc in casu restringitur libertas physica & naturalis.

Respondetur primò: Quòd ille, qui sine justa causa à sponsalibus resilire cupit, actum exerceat formaliter peccaminosum, adeoque favorem juris non mereatur.

Respondetur secundò: Quòd talis, qui sine justa causa implementum sponsaliorum retractet, etiam censurâ Ecclesiasticâ imò ipsa excommunicatione coërcerit possit. *Cap.* 10. *d. t.*; sicut ergò non attenditur, quòd metu incurrendæ censuræ Ecclesiasticæ contrahat, ita non attendendum, quòd metu pœnæ incurrendæ potiùs contrahat, quàm sine justa causa à sponsalibus resiliat.

Probatur secundò: potest arrha sponsalibus adjici, ergò etiam pœna. Probatur consequentia. Si ab arrha non licet argumentum ducere ad pœnam, tunc vel ideò, quia 1. quantitas illius solet esse modesta & parva, pœna verò magna, vel ideò quia 2. arrha statim traditur, pœna verò promittitur, solemus verò proniores esse ad promittendum, quàm ad dandum. *Leg. sed si ego* 4. *ff. ad SCtum Velejan*; vel quia 3. arrha dicitur tanquam tessera initorum sponsalium; pœna adjicitur, ut cogat ad matrimonium; sed nulla ex his ratio obstat, ergò argumentum ab arrha ad pœnam

pœnam procedit. Non prima, quia in arbitrio ſtat contrahentium, quantum nomine dare velint. *L.* 5. *Cod. de ſponſ.* Non ſecunda, quia non debet homo juſtus facilior eſſe ad promittendum, quàm ad dandum, ſed id ſolvat, neceſſe eſt, quod promiſit juxta illud:

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.
Cornu bos capitur, voce ligatur homo.

Non tertia, quia ſi pœna cogit ad matrimonium, cogit etiam arrha. Ideo enim illa cogit ad matrimonium; quia facit, ut metu ejus incurrendæ quis contrahat matrimonium; ergò etiam iſta cogit, quia facit, ut metu ejus amittendæ, vel duplicatas ſolvendi quis contrahat matrimonium. Ita more ſolidè *Glettle loc. cit.*

Ad primum ſententiæ negativæ ar-
14 gumentum reſpondetur, quòd *d. cap. gemma* 29. de eo caſu intelligendum ſit, quo juſta cauſa ſubeſt reſiliendi à ſponſalibus. Sanè ego ipſe ultrò largior, tale pactum ſponſalibus adjectum non valere, *Si alterutra pars, quæ etiam juſtam reſiliendi cauſam habuerit, à ſponſalibus receſſerit, ſolvat in pœnam mille*, quia ſic reſtringeretur libertas matrimonii, & id genus pactum diametraliter contra diſpoſitionem legis apponeretur, quæ vult & diſponit, quòd cum juſta cauſa à ſponſalibus reſilire liceat: Proinde noſtra deciſio in eo duntaxat caſu procedit, quò quis ſine juſta cauſa à ſponſalibus reſilire præſumeret.

Ad ſecundum reſpondetur, textum audiendum eſſe de caſu, quò parentes liberorum ignorantium nomine contrahunt ſponſalia, tunc enim honeſtas non patitur, ut metu pœnæ liberi cogantur ad matrimonium. Hæc ipſa ſolutio etiam primo argumento negativæ ſententiæ applicari poteſt, uti legenti *d. cap. gemma* de ſe ipſo patebit.

Ad tertium reſpondetur in illa lege ſtatui, quòd pœna conventionalis non poſſit quadruplum intereſſe tranſcendere. Vel dic *d. l.* 5. loqui de arrhis, atque ſtatuere, non licere ultrà ſtipulari, quàm ut arrhæ quadruplicatæ reſtituantur, non verò aliquid ſancire circa caſum, quò pœna conventionalis ſponſalibus adjecta fuit. *Franz. loc. cit.*

Diſpeximus quomodò ſponſalia contrahantur, ſupereſt, ut agamus de modis quibus diſſolvuntur; & quidem

Primò ſolvuntur ſponſalia mutuo 15
contrahentium diſſenſu *cap.* 2. *de ſponſal.* Nihil enim tam naturale, quàm unumquodque eò modo diſſolvi, quò colligatum eſt *cap.* 1. *de R. J. in* 6. *l.* 35. *ff. eod.* Cùm ergò ſponſalia conſocientur mutuo conſenſu, diſſenſu mutuo rurſus diſſociari poſſunt. Quod procedit, licèt ſponſalia juramentò firmata fuerint, quoniam juramentum ſequitur naturam actûs; adjicitur *c.* 25. ✠ *de Jurejur.* cum ergò ſponſalia mutuo diſſenſu ſolvantur, quidni & juramenti obligatio diſſolvetur? Accedit quòd per tale juramentum non Deo, ſed illi quæratur obligatio, in cujus favorem emiſſum eſt, nec aliter à Deo acceptetur, quàm quatenus ab homine, in cujus gratiam factum eſt; cùm ergò in favorem contrahentium adjectum fuerit, poterit mutuo diſſenſu iterum diſſolvi, favori enim pro ſe inducto quiſque rectè renunciat. *L. pen. Cod. de pact. ita Engl.* §. 3. *n.* 2. *loc. cit. Harp. rubr. Inſt. h. t. n.* 53.

Secundò ſolvuntur ſponſalia ingreſſu religionis *Concil. Trident. ſeſſ.* 24. *de Sacrament. Matrimon. cap.* 6. Habent enim ſponſalia ex diſpoſitione juris imbibitam ac tacitam conditionem: *Niſi placeat religionem ingredi*: Hæc conditio proinde

proinde si existat, perdunt vim obligandi, adeòque resolvuntur. Sanè licèt sponsalia ingressu religionis illicò solvantur ex parte manentis in sæculo; ex parte illius tamen, qui religionem ingressus est, non aliter dissociantur, quàm si actualis professio subsecuta fuerit. Ratio ex parte manentis in sæculo est, quia grave foret tanto tempore expectare, & deinde nubere ei, qui cappam tulit, & notam levitatis atque inconstantiæ de se præbuit.

Ratio ex parte ingredientis, quòd non nisi subsecuta professione solvantur, quia per suum factum, quod dolosum esse potuisset, jus alteri quæsitum aufferre non potuit. Ita docent *Laymam. tit.* 10. *p.* 1. *cap.* 2. *num.* 3. *Engl.* §. 3. *num.* 7. *loc. cit.* Ubi infert, quòd si pars ingressa iterum egrederetur & pars remanens ei nubere vellet, teneretur ingressus sponsalia implere, quoniam per factum suum non potuit jus alteri quæsitum tollere. Vide *Franz. loc. cit. n.* 21. *Zoes. ad decret. de sponsf. n.* 28.

16 Quæres sexto: An solvantur etiam per nudum votum ingrediendæ religionis? Respondetur, ex parte manentis in sæculo omninò dissolvi, non verò ex parte voventis.

Ratio Prioris est, quia censetur ex sua parte renuntiare sponsalibus vovendo religionem.

Ratio posterioris, quia sponsalia non solvuntur nudo ingressu religionis, ergò neque nudò votò ingrediendæ religionis. Consequentiam probo: Ideò non solvuntur nudo ingressu religionis, quia contingere potest, ut ingressus egrediatur: at contingere etiam potest, ut is, qui religionem vovit, non suscipiatur aut susceptus non perseveret; ergò si sponsalia non solvuntur nudo ingressu religionis, neque solventur nudò votò ingrediendæ religionis. *Wex. de sponsal. p.* 1. §. 7. *num.* 17. & *seqq. confer. Sanchez lib.* 1. 46.

Limitantur prædicta; ut videlicet neque religionem ingredi, neque eam vovere liceat, si fieret cum gravi, & irreparabili damno alterius partis, v. g. infamia passuræ, eò quod spe matrimonii jam fuerit corrupta & imprægnata. *Laymann. de sponsal. cap.* 2. *num.* 4. *Engl. loc. cit. n.* 8. *Sanchez. l.* 1. *disp.* 43.

Quæres septimò: An per simplex votum castitatis solvantur sponsalia ex parte votum emittentis? Respondetur negativè, quia votum vel juramentum in alterius præjudicium non obligat; sed tale votum est in alterius præjudicium; ergò non obligat. Voventem tamen in tantum obligat, ut contractò matrimoniò debitum conjugale nunquam petere possit, vel audeat, sed tantum reddere, nisi legitimam dispensationem ab Episcopo obtinuerit, *Engl. l. cit. pulchrè & fusè. Sanchez lib.* 1. *disp.* 46. *num.* 10. ubi dicit, indistinctè tamen tenendum ex parte alterius solvi sponsalia; quia vovens castitatem eo ipso sponsalibus renunciat; & deinde quia vovens tenetur à petendo debito conjugali abstinere, gravissimum onus alteri esset semper petere, maximè si esset fœmina verecundans.

Tertiò solvuntur sponsalia de futuro etiam, quibus copula carnalis accessit per sponsalia de præsenti, sive per matrimonium cum alia persona contractum, utpote quod est vinculum fortius & habet rationem Sacramenti *cap.* 20. *de sponsal. cap.* 22. *eod.* & *cap.* 1. *de sponsa duorum.* Ratio alia, quia in re est potentius jure ad rem *arg. l.* 15. *Cod. de R. V.* ergò cum matrimonium ponat jus in re, sponsalia verò tantùm jus ad rem, fortiùs jus erit ex matrimonio resultans.

reſultans. *Sanchez lib. 1. diſp.* 48. *Engl.* §. 3. *n.* 3. *loc. cit.*

Quæres octavo: Quid juris, ſi ratione priorum ſponſalium prohibitio Epiſcopi intervenerit, qua tamen non obſtante matrimonium contractum ſit? Reſpondetur nihilominus valere matrimonium contractum, & priora ſponſalia diſſolvi. *Ita Engl. loc. cit.* & *Zoeſ. ad decret. lib.* 4. *tit.* 16. Ratio: quia prohibitio Epiſcopi ſeu interdictum Eccleſiæ tantum ponit impedimentum impediens, quod nuptias facit quidem illicitas, non vero invalidas.

Non obſtat cap. 2. de ſponſa duorum his verbis: *Accepiſti illam uxorem quam alter ſibi deſponſavit: dimitte illam, quia nunquam poteſt tibi fieri legitima.* Reſpondetur enim *d. cap.* 2. intelligendum de caſu, quo quis duxit illam, quæ alteri jam de præſenti deſponſata erat, ſive ut clarius loquar; dico *cap.* 2. intelligendum eſſe de caſu, quo priora ſponſalia non fuerunt de futuro, ſed de præſenti. Nos autem ipſi concedimus per ſponſalia de præſenti, ſeu per matrimonium non ſolvi ſponſalia de præſenti.

Neque adverſatur *cap. pen. eod. tit.* ubi Epiſcopo datur poteſtas irritandi atque annullandi matrimonium contra prohibitionem Eccleſiæ contractum. Enim vero reſpondetur in caſu *d. cap. pen.* Epiſcopum accepiſſe illam poteſtatem irritandi ex ſpeciali privilegio Pontificis, quæ poteſtas alias regulariter Epiſcopo non competit. Pontifex vero matrimonium ita prohibere poteſt, ut contra prohibitionem contractum ipſo jure nullum ſit, ſed requiritur expreſſe clauſula irritans, ſimplex enim prohibitio matrimonium ſubſecutum non ponit nullum, pulchrè *Engl. lib.* 4. *tit.* 2. §. 3. *n.* 4. *Zoeſ. d. l.* ulterius.

Quæres nono: An priora ſponſalia 17
de futuro per poſteriora de præſenti ita ſolvantur, ut omnis in perpetuum obligatio tollatur, an vero matrimonio forte per aliquod impedimentum dirimens, vel mortem dirempto reviviſcant? Reſpondetur in utramque partem magno DD. diſſidio agitatam eſſe hanc controverſiam.

Prima ſententia docet ſponſalia totaliter ſoluta eſſe, nec ullo tempore, vel modo reviviſcere. Ita *Sanchez. lib. diſp.* 48. *n.* 3. *Pirrhing. de ſponſal. ſect.* 2. §. 3. *num.* 59. *Layman. tit.* 10. *p.* 1. *cap.* 2. *num. pen.*

Moventur primo, quia obligatio priorum ſponſalium extincta eſt per matrimonium. Obligatio autem ſemel extincta non reviviſcit ſine utriuſque conſenſu, ne quis invitus in obligationem trahatur. *L.* 98. §. *auream ff. de ſolut.*

Moventur ſecundo: Obligatio ex voto ingrediendi religionem ſtrictiorem, totaliter extinguitur per profeſſionem in religione minus ſtricta. *Cap.* 5. *de Regularib. in* 6. ergo etiam obligatio ex ſponſalibus de futuro totaliter extinguetur per ſubſequens matrimonium. Conſequentiam oſtendo. Ideo obligatio ex voto ingrediendi religionem ſtrictiorem totaliter extinguitur: quia obligatio ex profeſſione, tanquam fortior, extinguit obligationem minus fortem ex voto ſimplici; ergo etiam obligatio ex ſponſalibus de futuro totaliter extinguitur per ſubſequens matrimonium, quia obligatio ex matrimonio tanquam fortior extinguit obligationem minus fortem ex ſponſalibus.

Verum ſententia contraria magis arridet, quæ docet, matrimonio per impedimentum dirimens, vel mortem ſoluto reviviſcere ſponſalia. *P. König. lib.* 4.

p. 1. §. 10. n. 62. Ebbes th. select. quæst. 24 Wex. de sponſ. p. 1. §. 7. num. 13. Zoëſ. ad Decret. de ſponſal. n. 34. Franz. loc. cit. num. 22.

Probatur hæc ſententia primò, qui votum emiſit ingrediendæ religionis non liberatur omninò per ſubſequens matrimonium, ſed mortuâ uxore ſuâ tenetur obligationi ſuæ ſatisfacere, prout omnes, imo & ipſi adverſarii admittunt, ergò etiam, qui contraxit ſponſalia cum una non liberabitur ab obligatione ſua per ſubſequens matrimonium cum alia contractum, ſed tenebitur uxore mortua obligationi ſuæ ſatisfacere.

Secundò, qui rem duobus vendidit, & ſecundo tradidit, licet non poſſit amplius primo tradere, non tamen liberatur venditor ab obligatione, quâ primo tenetur, ſed ſi rem poſtea conſequatur, compelli poteſt, ut Primo emptori tradat; ergo idem in noſtro caſu à paritate dicendum.

Tertio: facit & iſta ratio, quod nemo ex delicto ſuo commodum ſentire debeat, & alterum per factum ſuum jure quæſito privari, prout ſequeretur, ſi prior ſententia concederetur.

Ad primum reſpondetur, hoc ipſum in quæſtione eſſe, utrum in præſeti caſu totaliter extincta ſit prior obligatio ſponſalium, an verò durante matrimonio ſuſpenſa maneat, quod ultimum nos aſſerimus.

Dices, ſi alienum ſervum promiſi, & is à Domino manumiſſus eſt, liberor ab obligatione, etſi idem ſervus rurſus ſervus effectus ſit, *d. l. 98. §. 8. ff. de ſolut.*; ergò ſimiliter, ſi poſt inita ſponſalia contraham matrimonium, liberor à priore obligatione, etſi caſu aliquo matrimonium diſſolvatur. Ideò enim priori caſu liberor ab obligatione tradendi vel procurandi ſervi, quia obligatio ſemel extincta, ſemper extincta manet; ergo etiam in poſteriori caſu ideo liberabor ab obligatione priorum ſponſalium, quia horũ obligatio ſemel extincta manet extincta. Reſpondetur concedendo antecedens negando conſequentiam, ad probationem iterum nego ſuppoſitum conſequẽtiæ. Ratio verò quare per manumiſſionem omnis obligatio tollatur, non verò per matrimonium, diſparitas eſt, quia obligatio tradendi libertati diametraliter reſiſtit, & cum libertate non poteſt ſimul ſubſiſtere: contra verò obligatio ſpõſalitia cum obligatione matrimoniali rectè conſiſtit, non quidem ut durante matrimonio executioni mandetur, ſed interim ſuſpenſa & ſopita maneat. Deinde in caſu priori quo ſervus alienus manumittitur, non concurrit factum promittentis: ſecùs in caſu quo cum poſteriori ſponſa matrimonium contrahitur.

Ad ſecundum reſpondetur, conceſſo antecedente negando conſequentiam. Diſparitas eſt, quia in priori caſu unus tantùm idemque eſt creditor, puta, Deus, qui majoris cenſetur æſtimare obligationem, quæ conſurgit ex actuali profeſſione, quàm illam quæ naſcitur ex nudo voto ingrediendæ religionis. In poſteriori verò caſu ſunt duo & diverſi planè creditores, quorum unus non cenſetur jure ſuo cadere propterea, quod alteri ſit factum ſatis. Aliter reſpondet *Wex. loc. cit. num.* 13. *atque d. cap.* 5. contineri ſpecialem diſpoſitionem, quæ conſulit paci monaſteriorum, ne profeſſi in religione laxiori cum tumultu extrahi debeant. Adhuc.

Quæres decimo, an ſponſalia priora ſolvantur per poſteriora juramento, vel copula carnali confirmata.

Reſpondetur

18 Respondetur primo, per posteriora jurata non solvi priora, quia juramentum, quod vergit in dispendium animæ & præjudicium tertii, non est obligatorium *cap. 18. de jurejur.* atqui id genus juramentum vergit in dispendium animæ, quia priora sponsalia sub mortali peccato obligant, & in præjudicium tertii, quia priori sponsæ competit jus quæsitum: ergò non est servandum. Ita *Engl. num. 5. Sanchez. lib. disp. 50.* ubi infert ex parte illius, cui prior fides data erat, solvi sponsalia, si velit, quoniam contrahens cum alia juratò prioribus sponsalibus renuntiâsse intelligitur.

19 Respondetur secundò: si ante decretum *Trident. Sess. 24. cap. 1. de matrim.* sermo instituerctur, & copula cum posteriori affectu conjugali esset habita, dubium nullum esse priora spõsalia dissolvi, quia posteriora transibant in matrimonium. Cùm verò nunc cessarit matrimonium illud præsumptum, tenendum est non dirimi priora sponsalia, quia fides posteriùs data in præjudicium prioris ita est, & talis copula subsequens merè fornicaria est: sicuti autem copula merè fornicaria, & sine affectu conjugali habita etiam ante Tridentinum Concilium nihil operabatur, ita neque hodie quidquã operatur. *Sanchez. lib. 1. disput. 48. Zoës. in jus Canon. de sponsal. num. 36.*

Objicies, si una eademque res duobus vendatur, is est potentior, cui priùs tradita *l. 15. Cod. de R. V.* ergò etiam sponsalia, cui copula accessit, erunt potentiora, quia copula locò traditionis habetur. Respondetur negando consequentiam, quia in posteriori casu non intervenit traditio valida, sicuti in priori casu. Ad hoc ut acquiratur alicujus rei dominium vel jus in re, requiritur valida causa translativa dominii, qualis non est copula fornicaria in ordine ad matrimonium.

Sanè si posterior sponsa aliter indemnis servari nequeat, & insuper magnum dãnum & honoris jacturam pateretur, ex æquitate illa ducenda foret, ne indulta tam benigniter proruendi in corpus licentia in grave ejus detrimentum retorqueatur. Deinde quando duæ obligationes concurrunt, quæ simul stare nequeunt, debilior perimitur per fortiorem, sed obligatio ex sponsalibus copula carnali roboratis resultans, videtur esse fortior ob damnum scilicet illatum. Ergò.

Quartò solvuntur sponsalia lapsu temporis, si videlicet sponsalibus finiendis certum tempus & terminus fuerit præfixus, eò elapsò, si matrimonium non sit contractum, solvuntur sponsalia *cap. 22. h. t. Engl. num. 9. Zoës. num. Sanchez. lib. 1. disp. 53.*

Quintò solvuntur sponsalia ex causa absentiæ, puta, si alterutra pars non habita licentia, vel altera non consentiente, in longinquas terras abierit, & diuturnam absentiam fecerit. Tunc liberum est parti, quæ non est profecta, ad alias nuptias transire, *cap. 5. de sponsal.*

Quantum autem temporis absentiæ requiritur, in jure Canonico determinatum non est. De jure civili talis solet adhiberi distinctio, ut si sponsus ex causa necessaria, fortè reipublicæ, absit, sponsa teneatur reditum expectare, ne officium absenti sit damnosum. Si vero ex causa voluntaria absit, sponsa teneatur per biennium, si simul sponsus moretur intra provinciam, si extra provinciam, per triennium expectare. *L. 2. Cod. de sponsal.*

Sextò, solvuntur sponsalia ex causa 20 forni-

fornicationis, puta, si post contracta sponsalia pars alterutra cum tertia persona se commisceat, tunc enim pars innocens resilire potest a sponsalibus, quia hanc conditionem in se continent: *Si fides data servata fuerit*. Si uterque sponsus fuerit fornicatus, tunc neuter a sponsalibus resilire potest, quia delicta mutua compensatione tolluntur. Deinde licet matrimonium ob adulterium separari possit quoad thorum & mensam, si tamen uterque conjux pari crimine se contaminaverit, delicta mutua compensatione tolluntur *cap. pen. & ult. de adult*. ergo etiam licet sponsalia solvi possint ob fornicationem, si tamen uterque sponsus pari crimine se contaminaverit, solvi non poterunt, quia delicta mutua compensatione tolluntur.

21 Mihi, ut verum fatear, hæc doctrina non placet, sed teneo cum *Sanchez. lib. 1. disp. 55. num. ult. item cum Pirrhing. loc. cit. sect. 2. §.3. num.62.* quod sponsus non teneatur ducere sponsam, quæ fornicationem passa est, licet ipse sponsus etiam fornicatus sit. Ratio est, quia fornicatio multo fœdior, ipsique sponso detestabilior est in muliere, quam rota versa, adeoque delicta pari turpitudine non censentur compensari.

Ad rationem a paritate adulterii deductam respondetur, non esse eandem rationem adulterii & fornicationis a sponso commissæ; in adulterio enim, si ob id divortium conceditur, spectatur fides conjugalis, quæ æque a viro atque ab uxore violatur, cum uterque per matrimonium ad eam servandam æque se adstrinxerit. E contra in fornicatione sponsorum in ordine ad dissolutionem sponsalium non solum attenditur fidei sponsalitiæ violatio, sed & infamia, aliaque damna, quæ ex ea sponsis resultant.

Brevius respondetur dicendo, longe difficilius permitti divortium seu separationem matrimonii quoad thorum, quam dissolutionem sponsalium, quæ ob quamvis notabilem rerum mutationem fieri potest. *Franz. Inst. loc. cit. n. 26.*

Septimo solvuntur sponsalia, si impedimentum aliquod dirimens, v. g. consanguinitatis vel affinitatis inter desponsatos detegatur, cum enim sponsalia tendant ad nuptias, non possunt non dissolvi, quia nuptiæ civiliter sunt impossibiles. Sed fac, quod quis post contracta jam sponsalia cum sorore sponsæ fornicatus sit, & sic sua culpa impedimentum dirimens constituerit, teneturne dispensationem impetrare? Respondetur teneri, ne alias sponsus ex sua iniquitate lucrum ferat, & alteri sponsæ jus quæsitum tollat. Ita *Wex. p. 1. §. 7. n. 11. Sanch. lib. 1. disp. 56.*

Illud alta mente repositum esto, in modo probandi tale impedimentum notabilem differentiam esse inter matrimonium & sponsalia. Nam matrimonium de facto contractum non dirimitur, nisi impedimentum plene probetur, & in dubio potius pro matrimonio judicatur, cujus separatio plerumque scandalosa est. *Cap. ult. de sent. & re jud.*

At vero in sponsalibus de futuro etiam sola fama, dictum unius testis, vel alia semiplena probatio de impedimento sufficit, ut sponsalia dissolvi possint & debeant; cum enim agatur de periculo peccati, tutior est sententia, quæ a matrimonio contrahendo coërcet. *Engl. t. 1.§.3.n.6. Sanchez.lib.1.disp.71.per tot.*

Octavo & ultimo dissolvuntur sponsalia, si post illa contracta ob accidens non prævisum difficilius reddatur matrimonium. Sponsalibus enim hæc inest conditio: *Si omnia maneant in eodem statu.*

tu, Ergo si status notabiliter mutetur; desinunt obligare sponsalia. Hinc sua sponte sequitur, sponsum posse resilire a contractu sponsalitio, si sponsa ab alio etiam violenter fuerit cognita, tametsi enim culpa careat, difficilius tamen redditur matrimonium.

Item si notabilis deformitas, aut morbus difficulter curabilis v. g. Epilepsia, Lues Venerea, Lepra, &c. sponsam invaserit, quia nemo cum hisce defectibus præsumitur se obligare voluisse ad nuptias.

Pariter si paupertas supervenerit, vel gravis infamia, vel morum asperitas, vel ebriositas, vel etiam gravis inimicitia inter consanguineos, qui se opponunt, a sponsalibus facile quis resilire poterit. *Engl. d. loc. num.* 11. *Konig. de sponsal. p.* 1. §. 10. *num.* 75. *& seqq. Sanchez. lib.* 1. *disp.* 57. 58. *&* 59.

Hucusque discussimus sponsalia; sequitur de nuptiis: cum vero inter certas personas propter consanguinitatem & affinitatem nuptiæ prohibeantur, ideo cumprimis agendum duxi de computatione graduum consanguinitatis, & affinitatis, quos novisse Juris consulti per quam multum interest.

22 Primo, quia matrimonium in certis gradibus est prohibitum *cap.* 8. X *de Consang. & affinit.* ideo in quoto gradu prohibeatur, Jurisperitus scire debet. Secundo interest gradus novisse, quia per gradus deferuntur hæreditates, & proximior excludit remotiorem a successione defuncti, nisi jus repræsentationis locum habeat. §. 5. *Instit. de legit. agnat. success.* Tertio, quia secundum gradus deferuntur tutelæ. Quarto denique interest Jurisconsulti novisse gradus propter testimonia. Inter ascendentes & descendentes enim regulariter non admittitur testimonium, *l.* 6. *Cod. de testib.* & consanguinei collaterales inviti non coguntur ferre testimonium adversus cognatos. *l.* 4. *ff. de testib.* volentes tamen testes poterunt. *cap. licet.* X *de testib.* hinc si tales personæ testimonium ferant, consultum est notare, volentes dixisse. *Schneid. de nupt. num.* 1.

Consanguinitas est vinculum perso- 23
narum ab eodem stipite descendentium carnali propagatione contractum.

Constat hæc consanguinitas potissimum tribus, puta, linea, gradu & stipite.

Linea est series sive collectio persona- 24
rum ab eodem propinquo stipite descendentium, posteriores ab anterioribus distinguens.

Dividitur linea in rectam & obliquam.

Recta iterum est, vel ascendentium vel descendentium. Linea recta ascendentium continet personas, quibus originem nostram debemus, v. g. pater, avus, proavus, atavus, &c. Linea recta descendentium continet personas a nobis genitas, ut est filius, nepos, pronepos, abnepos, &c.

Linea obliqua seu transversa dicitur, quæ complectitur illas personas, quarum una alteram non genuit, & tamen ab una stirpe, & sanguine propagatæ sunt, v. g. frater, soror, & eorum liberi. Item patruus, amita, avunculus, matertera, &c.

Dividitur linea obliqua in æqualem & inæqualem. Æqualis dicitur, quæ continet personas æqualiter a communi stipite distantes v. g. duo fratres; æqualiter enim distant a communi stipite, scilicet, uno gradu. Inæqualis illa dicitur, quæ continet personas, quarum una non est remotior a communi stipite, quam altera, uti v. g. frater & fratris filius.

Gradus est intervallum, quò agnoscitur, quæ persona stipiti sit propior, sive est distantia unius personæ ab alia. Dicitur autem gradus ad similitudinem scalarum, quas ita ingredimur ut à proximo in proximum transeamus.

Stipes & persona, à qua cæteræ per-
25 sonæ, de quarum conjunctione quæritur, descendunt, & originem ducunt. Sic avus est stipes respectu nepotis. *Schneid. n.* 4.

Computatio graduum aliter constituitur de jure civili, aliter de Jure Canonico.

De Jure Canonico (cui in materia matrimoniali, ut potè spirituali standum.) triplex regula assignatur.

26 Prima locum sortitur in linea recta seu ascendentium & descendentium,& est hæc: *Tot sunt gradus, quot sunt personæ unâ demtâ; sive ut alii dicunt, tot sunt gradus, quot sunt generationes usque ad illam personam de cujus cognatione quæritur.* Itaque si scire velim, quoto gradu nepos distet ab avo: tunc enumero istas duas, & omnes alias intermedias personas, atque tot erunt gradus, quot personæ, unâ demptâ. Sic dico: avus, filius, nepos, sunt tres personæ: una dempta manent duæ:ergo nepos distat secundo gradu ab avo. Vel secundùm alteram regulam dico: avus genuit filium, est una generatio, unus gradus. Filius genuit nepotem, est secunda generatio, consequenter secundus gradus.

Item si scire velim, quoto gradu Josephus Primus Rex Romanorum distet à FerdinandoSecundo proavo suo:tunc enumero istas duas & intermedias personas, & erunt tot gradus, quot personæ, una dempta: sic dico v. g. Ferdinandus Secundus, Ferdinandus Tertius, Leopoldus Primus, Josephus Primus, sunt quatuor personæ, unâ demptâ remanent tres,ergò Josephus Primus distat tertio gradu à FerdinãdoSecundo proavo suo. Ut res fiat luculentior, figuram accipe, ex qua colligere possis, quoto gradu ego distem ab abavo meo.

Abavus.
Proavus.
Avus.
Pater meus.
Ego.

En quinque Personæ prodeunt; ut ergò intelligere possis, quoto gradu ego distem ab abavo meo, deme stipitem, sive unam personam, & remanebunt quatuor; ut proinde ab Abavo meo distem quatuor gradibus,quia tot sunt gradus, quot personæ,unâ demptâ.

Aliud exemplum, quò patebit, quoto gradu distem à patre meo. Pone.

Pater.
Ego.

Ecce! sunt duæ personæ, unâ dempta,remanet una;ergò uno gradu disto à patre meo, quia tot sunt gradus, quot personæ, una demptâ.

Aliud exemplum,quo intelliges,quotu gradu distem ab Atavo meo. Pone.

Atavus.
Abavus.
Proavus.
Avus.
Pater meus.
Ego.

Ecce! prodeunt sex personæ, unâ demptâ,remanent quinque;ergò quinto gradu disto ab Atavo meo, quia tot sunt,sed unâ demptâ,gradus quot personæ,unâ demptâ sunt quinque personæ; ergò quintò gradu disto ab Atavo meo.

Eadem regula, quæ pro linea recta ascen-

ascendentium traditur, locum habet in linea descendentium. Ut ecce? Quæritur quoto gradu à me distet abnepos? Pone.

Ego.
Filius meus.
Nepos.
Pronepos.
Abnepos.

Ecce! sistuntur quinque personæ, unâ dempta remanent quatuor, ergò abnepos meus distat à me quarto gradu, quia tot sunt gradus, quot personæ, unâ dempta.

Aliud exemplum, quò patebit quoto gradu meus pronepos distet ab Avo meo.

Avus meus.
Pater meus.
Ego.
Filius meus.
Nepos.
Pronepos.

En prostant sex personæ, una demptâ remanent quinque; ergò Avus meus distat à pronepote meo quinque gradibus, quia tot sunt gradus, quot personæ unâ demptâ.

27 Secunda regula in linea collateralium æquali est talis. *Quoto gradu distat uterque à stipite, eodem gradu distant inter se.* Sic quæritur, quoto gradu distent duo fratres? Ut hoc intelligas, oportet ab illis personis, de quarum cognatione quæritur, numerando ascendere usque ad illam personam, in qua conveniunt, sive usque ad stipitem; quod ut clariùs reddatur, Figuram cape.

Pater.	
Frater unus.	Frater alter.

Ecce! stipes sive persona, in qua fratres conveniunt, est pater; ascende ergò à fratre usque ad stipitem, & reperies, quòd uterque frater uno gradu à stipite communi distet, ergò etiam uno gradu ipsi fratres invicem distant; quoto enim gradu distat uterque à communi stipite, eodem gradu distant inter se.

Aliud exemplum, quo patebit quoto gradu distet filius meus à filia sororis meæ.

Ecce! stipes sive persona, in qua ego & soror mea convenimus, est pater noster; ascende ergò a filia sororis meæ, & reperies, quòd illa duobus gradibus, sicut filius meus à meo patre, distet; ergò distant invicem duobus gradibus.

Pater.	
Ego.	Soror.
Filius.	Filia ejus.

Aliud exemplum, quod docebit, an duorum fratrum nepotes possint contrahere matrimonium; figura exempli talis est.

Pater.	
Frater unus.	Frater alter.
Filius ejus.	Filius ejus.
Nepos.	Neptis

Ecce! in posita figura debeo primùm observare & inquirere, quis sit stipes, sive in quo ambo fratres conveniant, qui utique in patre, qui respectu nepotis est proavus, conveniunt. Hoc habito incipio à viro, de cujus nuptiis quæritur, uti in dicto exemplo est nepos, & ascendo sursum per singulos gradus, proximum semper numerando & notando, donec ad communem utriusque fratris patrem sive stipitem devenio. Postea vero descendo deorsum, eodem prorsus modo, donec perveniam ad mulierem de cujus conjunctione quæritur. Hoc facto statim apparebit, utrùm æqualiter a communi stipite distent, an inæqualiter; atque ita, cùm in dato exemplo æqualiter distent à communi stipite tribus gradibus, ideò etiam distant invicem

cem tribus gradibus; quoto enim gradu distat uterque a communi stipite, eodem gradu distant inter se.

Quæres: possumne ducere filiam amitæ meæ? ℞. negative, quia mihi in secundo gradu juncta est. Ut ecce!

	Avus.
Pater meus.	Amita sive soror Patris.
Ego.	Filia ejus.

Quæres iterum. Neptis mea potestne nubere nepoti patruelis mei? Respondetur negative, quia sunt sibi invicem in quarto gradu juncti. Ut ecce!

	Avus.
Pater.	Patruus.
Ego.	Patruelis.
Filius meus.	Filius ejus.
Neptis mea.	Nepos.

Casus positæ figuræ talis est: meus pater habet fratrem, qui est meus patruus. Iste habet filium, qui est meus patruelis; sumus enim duorum fratrum filii. Iste patruelis habet nepotem, & ego neptem. Hæc neptis non potest nubere patruelis mei nepoti, quia distant quarto; juxta regulam: quoto gradu distant ambo a communi stipite, eo gradu distant inter se.

Quæres denique, an Materteræ magnæ abneptis possit nubere nepoti meo? Respondetur affirmative, quia quinto gradu invicem distant. Ut ecce!

	Proavus
Avia mea.	Soror ejus sive Matertera magna.
Mater mea.	Filius.
Ego.	Nepos.
Filius.	Pronepos.
Nepos.	Abneptis.

28 Tertia regula locum habet in linea inæquali collateralium, & est ista:

Quoto gradu distat remotior a communi stipite, eodem gradu distant inter se. Sic si scire velim, quoto gradu fratris mei filia distet a me, videre debeo, quoto gradu distet a stipite, sive ab illa persona in qua ego & frater meus convenimus. Hoc habito, incipio a remotiori persona numerando sursum ascendere, & gradus computare. Quoto deinde gradu distat a me. Ut ecce!

	Pater.
Ego.	Frater meus.
	Filia ejus.

Aliud exemplum, quod ostendet, an ego possim matrimonium contrahere cum nepte fratris mei? Et respondetur, quod non: quia est mihi in tertio gradu juncta.

	Pater.
Ego.	Frater meus.
	Filius ejus.
	Neptis.

Ecce! Neptis a patre meo distat tertio gradu & est remotior, ergo distat tertio gradu a me.

Quæres, an ego possim ducere filiam patruelis mei? Respondetur negative, quia est mihi in tertio gradu juncta. Ut ecce!

	Avus.
Pater	Patruus.
Ego.	Filius sive patruelis.
	Filia.

Ecce! pater meus & ejus frater, qui est meus patruus, conveniunt in meo avo. Filia vero mei patruelis distat ab avo, veluti stipite, tertio gradu, & est remotior; ergo distat etiam tertio gradu a me.

Quæres iterum: An possim promaterteram ducere? sive an possim ducere meæ

meæ proaviæ sororem? Et respondetur quod non, illa enim mihi est in quarto gradu juncta, prout sequens figura demonstrabit; ut possim intelligere quis sit stipes in dato exemplo, debeo personam quærere, in qua Promatertera & Proavia mea conveniunt: & patebit, quod in abavo meo conveniant, habito itaque stipite, ab hoc descendo ex uno latere usque ad me, de cujus scilicet nuptiis quæritur, & ex altero latere ascendo numerando gradus: deinde video, quis sit remotior, & eo gradu, quo hic distat a stipite, eo gradu distat a me. Sit itaque

Abavus.

Proavia.	Promatertera.
Avia.	
Mater.	
Ego.	

Quæres rursus. An Nepos meus possit ducere patrui mei abneptem? Respondetur affirmative, quia invicem distant quinto gradu.

Avus.

Pater meus.	Patruus.
Ego.	Filius.
Filius meus.	Nepos.
Nepos.	Pronepos.
	Abneptis

Quæres pro coronide, An ego possim ducere filiam abamitæ meæ? sive filiam sororis mei abavi? In dato casu cumprimis quærendum est, ubi abamita & meus abavus conveniant, & patebit, quod in atavo conveniant. Hoc habito numero gradus, sicuti in præcedentibus, itaque sit

Atavus.

Abavus.	Abamita.
Proavus.	Filia ejus.
Avus.	
Pater.	
Ego.	

Ecce! ego disto quinque gradibus a filia Abamitæ meæ, ergo possum illam ducere.

His in antecessum præmissis.

Quæres 11. In quoto gradu ergo prohibitum sit contrahere matrimonium? Respondetur: In Linea ascendentium & descendentium matrimonium esse prohibitum in infinitum. *l. 53. ff. de ritu Nupt. §. 1. Instit. h. t.* Ratio est posita in unione sanguinis, quæ inter ascendentes & descendentes est perpetua, adeoque sequitur: Si Adamus hodie viveret, & uxore alia indigeret, quod nullam habere vel ducere posset. Sunt quidem nonnulli, qui conantur evincere in linea ascendentium, & descendentium impedimentum matrimonii non produci ultra quartum gradum instar consanguinitatis; rationem assignant istam, quia Jus Canonicum generaliter & indistincte sancit, Matrimonium esse dumtaxat usque ad quartum gradum inclusive prohibitum, nulla facta differentia inter lineam re- 29
ctam & obliquam. *cap. non debet. ult. de consang. & affin.* Hujus sententiæ etiam est *Sanch. lib. 7. disp. 51. n. 13. ubi sub n. 20.* asserit etiam in linea recta non nisi in primo gradu de jure naturæ matrimonium esse prohibitum; adeoque inspecto solo jure naturæ inter omnes ascendentes posse consistere matrimonium excepto solo patre & matre.

Verum utut sit, de jure civili clare decisum est in linea recta matrimonium esse in infinitum prohibitum; quod cum Jure Canonico mutatum non sit, standum erit hoc in passu Juri Civili claro arg. *c. 1. de novi operis nunciat. Zoes. n. 30.* Deinde huic rei anxie scrutando insudare videtur negotium esse absque fructu, juxta ipsos enim adversarios matrimonium in linea recta usque ad quartum gradum prohibitum est, sine miraculo autem

vix moderna ætate accidet, ut descendentes annos vitæ suæ in quintum usque gradum producant. *Engl. de Consang. & affinit. n.* 10. In linea collateralium matrimonium est prohibitum usque ad quartum gradum inclusive *d. cap. non debet & cap. ult.* Ratio non est alia quam illa quod ultra hunc gradum remoti multum alieni sanguinis ex intermediis matrimoniis jam contraxisse videantur.

Postquam lanci appendimus gradus computationem in genere consanguinitatis, postulat instituti ratio, ut differamus de affinitate, circa quam novisse gradus Juris Consulti duplici ex causa interest. Primo propter testimonium; licet enim regulariter quis etiam invitus cogi possit ad ferendum testimonium, ne veritas occultetur, affines tamen inviti non coguntur dicere testimonium contra affines. *l. 10. ff. de grad. & affinib.* Secundo propter matrimonium; Jus enim civile nefas esse duxit, eos qui affinitatis causa inter se parentum liberorumque loco habentur, matrimonio copulari §. 6. *Instit. h. t.*

30 Affinitas definitur, quod sit *vinculum personarum ex copula carnali resultans, de se non involvens consanguinitatem.*

Dicitur 1. *Vinculum personarum.* In hoc enim convenit cum cognatione carnali.

Dicitur 2. *Ex copula carnali resultans*, in quo distinguitur a cognatione carnali sive consanguinitate. Fundamentum itaque affinitatis consistit in copula carnali, ad generationem prolis de se idonea, hujus enim adminiculo fiunt duo in carne una; ac cognatio unius traditur ad fines cognationis alterius. Unde sua sponte fluit, ex matrimonio rato affinitatem non consurgere, quia per matrimonium ratum vir & uxor non efficiuntur una caro, sed desideratur ipsa copula carnalis, idonea ad generationem: quæ autem talis copula sit idonea ad generationem vide *Sanchez. lib. 7. disp. 74. n. 7.* ubi id solide & perspicue docet. Ego rem non discutio, sed manum moveo de tabula, ne forte contingat, ut nonnullis dentes in copulam prurire faciam.

Illud memoria tenaci dignum, de Jure Civili non aliter contrahi affinitatem, quam ex justis nuptiis & copula licita: De Jure vero Canonico etiam per illegitimam conjunctionem maris & fœminæ, & sic per illicitum & fornicarium coitum contrahi affinitatem; quia æque per licitam, quam illicitam copulam cognatio una trahitur ad fines cognationis alterius. *Sanchez. d. l. n. 16.*

Pro computatione graduum affinitatis tenendæ sunt sequentes Regulæ.

REGULA PRIMA.

Maritus & uxor non sunt affines, sed 31 principium affinitatis, & quasi stipes, ex quo affinitatis gradus numerantur; sicuti enim punctum se habet respectu lineæ, ita se habet maritus, & uxor respectu affinitatis: ergo sicuti punctum non est linea, sed initium lineæ, ita maritus & uxor non sunt affines, sed initium affinitatis. *Engl. num. 2. de Conf. & affinit.*

REGULA SECUNDA.

Solus maritus fit affinis consangui- 32 neis uxoris, & sola uxor fit affinis consanguineis mariti. Quia solus maritus adminiculo copulæ carnalis accedit ad cognationem uxoris, & sola uxor per nexum carnalem trahitur ad cognationem mariti; ergo inter solum maritum & consanguineos uxoris, ac solam uxorem, & consanguineos mariti consurgit affinitas. Unde sequitur.

REGULA TERTIA.

Inter consanguineos mariti ex una 33 parte, & consanguineos uxoris ex altera,

ra, non inducitur affinitas: sive consanguinei uxoris non fiunt affines consanguineis mariti, nec consanguinei mariti fiunt affines consanguineis uxoris. Ita *cap.* 5. *de consang. & affin.* Ratio quia inter memoratas personas nullus intercedit nexus, adminiculo cujus colligentur, ergo inter memoratas personas non consurgit affinitas.

Unde sua sponte fluit a patre & filio duci posse matrem & filiam: nec non duos fratres posse ducere duas sorores. Contra vero maritum non posse ducere personam uxori suæ in quarto gradu junctam.

REGULA QUARTA.

34 Gradus affinitatis numerantur hoc modo: quoto gradu quis conjunctus est marito in genere consanguinitatis, eodem gradu junctus est uxori in genere affinitatis; & versa rota, quoto gradu quis conjunctus est uxori in genere consanguinitatis, eodem gradu junctus est marito in genere affinitatis. *Cap.* 3. *caus.* 35. *q.* 5. Unde quia frater meus mihi junctus est in primo gradu in linea consanguinitatis, ideo eodem gradu junctus est uxori meæ in linea affinitatis. Adeoque si consanguineus tuus ducat uxorem, & scire velis, in quoto gradu affinitatis sit tibi conjuncta ista mulier, vide quoto gradu tibi conjunctus sit consanguineus, & eodem gradu erit tibi ipsius uxor in genere affinitatis.

Dices, *in L.* 4. *§.* 5. *ff. de gradib. & affinit.* dicitur, quod nulli sint gradus affinitatis, ergo frustra de gradibus affinitatis agitur. Respondetur enim; sensum legis esse, quod affinitatis non sint tales gradus, quales consanguinitatis, adeoque proprii, sint tamen gradus affinitatis improprii. *Engel. n.* 3. *loc. cit.*

REGULA QUINTA.

35 Sicuti de Jure Canonico inter consanguineos usque ad quartum gradum consanguinitatis inclusive matrimonium prohibetur, ita quoque usque ad quartum gradum inclusive inter affines collaterales prohibetur matrimonium, *cap. non debet*, *de consang. & affin.*

Cum hac tamen differentia inter affinitatem, quæ ex copula licita provenit, & illam, quæ ex copula illicita descendit, ut illa matrimonium impediat usque ad quartum gradum inclusive: hæc vero usque ad secundum gradum. Ita decernitur in *Concil. Trident. sess.* 24. *de matrim. cap.* 24. Ratio quæ videtur movisse Concil. Trident. est, quia fornicationes sunt valde frequentes, ac plerumque occultæ; unde periculum erat, ne impedimento hoc late nimis effuso conjugia plurima irritarentur.

REGULA SEXTA.

Sicut matrimonium inter consanguineos ascendentes & descendentes ratione consanguinitatis in infinitum prohibitum est; ita etiam inter affines ascendentes, & descendentes perpetua est conjugii prohibitio ratione affinitatis. In linea autem affinitatis inter ascendentes illi numerantur, qui parentum loco inter se habentur. Tales sunt Socer [*dess Manns oder der Frauen Vatter*], Socrus (*dess Manns oder der Frauen Mutter*), Vitricus (*der Stieff-Vatter*) Noverca *die Stieff Mutter*. Inter descendentes numerantur illi, qui liberorum loco inter se habentur, Gener (*der Tochter-Mann*), Nurus, (*die Sohns Frau*), Privignus (*Stieff-Sohn*), Privigna (*Stieff-Tochter*). Unde noverca non potest nubere privigno, nepoti, vel pronepoti, &c. Vel econtra Vitricus non potest ducere privignam, neptem, vel proneptem. Item socer non potest ducere nurum, nec ejus filiam vel neptem, &c. *Perez Instit. hoc. tit. §. affinitatis.* 36

Quæres duodecimo: An summus

Pontifex possit dispensare circa gradus prohibitos? Prius quam ardua hæc & intricata quæstio in lucem claritatis sumet, sciendum est, in quibus gradibus matrimonium sit prohibitum de jure naturali, divino, & humano positivo. Itaque sequitur.

37 Assertio prima. Inter ascendentes & descendentes, seu in linea recta prohibitum est matrimonium de jure naturæ in infinitum. Ita docet *L. 53. ff. de ritu nupt.* Ratio est in horrore naturali omnium gentium, quæ abhorrent commisceri cum personis, quibus originem debemus, vel illam a nobis habent.

Deinde omnes descendentes eti m remoti respectu ascendentium dicuntur filii, & per consequens illis debent reverentiam, & subjectionem, cui actus conjugalis multum præjudicaret. *Zoëf. ad decret. de consang. & affinit. n. 6.*

Limitatur, ut dicta assertio non procedat in casu necessitatis, quo genus humanum aliter servari non posset, sicut factum est in exordio mundi & post diluvium. *Engl. lib. 4. tit. 16. n. 5. Vid. Sanchez. lib. 7. disp. 51. n. 19. ubi, ut supra jam dixi*, conatur evincere, indecens quidem esse, inter ascendentes & descendentes contr hi matrimonium; concludit tamen de jure naturæ tale matrimonium non ultra primum gradum prohibitum esse: sed tanta non sunt ejus argumenta, ut me in deditionem trahant. Illud inauditum est, S. Pontificem unquam in linea ascendentium vel descendentium dispensasse.

38 Assertio secunda. In linea obliqua seu transversa in solo primo gradu de jure naturæ prohibitum est matrimonium: v. g. intra fratrem & sororem. Ita *Sanchez lib. 7. disp. 52. n. 11. Engl. lib. 4. tit. 16. n. 5. Zoëf. ad decret. de consf. & affinit. n. 33.*

Probatur primo: *ex cap. gaudemus de divort.* ubi Innocentius tertius decernit, infideles conversos ad fidem non separandos esse a matrimonio tempore infidelitatis in secundo, tertio, & aliis ulterioribus gradibus consanguinitatis, quoniam, dicit, legibus Ecclesiæ non tenentur infideles; ergo a contrario sensu, quando sunt conjuncti in primo gradu, censet Pontifex, separandos esse, quia ille gradus jure naturæ matrimonium irritat.

Probatur secundo: quia *Aristoteles lib. 2. polit. cap. 2.* ipse edixit, solo lumine naturali, cuique inditum esse, turpissimam esse conjunctionem parentum cum filiis, & fratrum cum sororibus.

Probatur tertio: *Gen. 20.* ubi Abrahamus, ne barbaræ genti patefieret, Saram esse Abrahami uxorem, suasit suæ uxori, ut diceret, se esse sororem Abrahæ, quasi vellet significare, ipsi barbaræ genti perspectum esse, inter sororem & fratrem non posse consistere matrimonium.

Probatur quarto: *Levit. 20* ubi Deus jussit junctos fratrem & sororem occidi.

Probatur quinto ex eo, quod Ecclesia in hoc gradu nunquam dispenset, nec dispensaverit, quod est urgens argumentum, matrimonium esse in primo gradu indispensabile.

Ex dictis sequitur matrimonium inter infideles in primo gradu lineæ transversæ contractum dirimendum esse, si ad fidem convertantur; quoniam tale matrimonium jure naturæ prohibitum est, quod æque infideles, quam fideles obligat. *Sanchez loc. cit. num. 12.*

Non obstat primo, quod Abrahami uxorem, Saram, ejusdem sororem fuisse aliqui doceant, inducti his verbis, quæ Abraham de Sara proloquebatur: *vere soror mea est filia patris mei, & non filia matris meæ* Item. *Gen. 12. dic ergo obsecro,*

obsecro, quod soror mea sis. Respondetur enim, Saram non fuisse veram sororem Abrahæ, sed vocasse illam Abrahamum filiam patris sui Thare, quia erit neptis ejusdem Thare, nata ex ejus filio Aram fratre Abrahæ.

Non obstat secundo: Quod inter Assyrios olim lege concessum fuerit matrimonium in primo gradu transversæ lineæ, ut recenset *cap. 20 caus. 35. q. 3.* Enim vero negatur suppositum, talem legem ferri potuisse, & defacto latam, non fuisse contra jus naturæ, *Sanchez lib. 7. disp. 52. à n. 11. usque ad finem*, ubi plures adhuc textus sacræ scripturæ enodat, & in fine eandem, quam supra allegavimus, limitationem ponit, ut videlicet matrimonium inter fratrem & sororem in casu necessitatis, quo aliter genus humanum conservari non posset, permissum esse. Vide etiam *Schneid. n. 18 de arb. affinit.*

39 Assertio tertia: Neque jure naturali, neque jure divino inter collaterales secundi, tertii, & quarti gradus matrimonium est prohibitum, sed tantum jure humano positivo Pontificio, *cap. non debet de affinit. & consang.* Deinde constat ex sacra Scriptura, ut paulo ante ad objectionem primam declaravi, quod Abraham duxerit Saram, filiam fratris sui. Et Nacor duxit Melcham pariter sui fratris filiam, *Genes. 11.* Denique S. Pontifex in *cap. gaudemus ✠ de divortiis* concedit infidelibus ad fidem conversis discessum a matrimonio intra secundum, tertium, & quartum gradum contracto, eo quod tempore contracti matrimonii non fuerint ligati statutis Ecclesiæ, ac si diceret S. Pontifex matrimonium in secundo, tertio & quarto gradu lineæ transversæ Ecclesiæ duntaxat decreto prohibitum esse. *Sanchez. lib. 7. disp. 53.*

40 Assertio quarta. In linea recta ascendentium & descendentium inter affines, sunt, qui doceant, matrimonium non esse de jure naturæ prohibitum. *Sanchez. lib. 7. disp. 66. num. 7.* Sed verius est, etiam tale matrimonium de jure naturæ in infinitum prohiberi. Ratio fere est eadem, quæ primæ assertionis, filius enim eandem fere reverentiam debet novercæ, aut vitrico, quam parentibus; siquidem pater, & noverca, vitricus & mater sunt facti per matrimonium una caro, & nurus socero debet eandem fere reverentiam, quam debet ipse vir, qui est filius ejus, cum quo facta nurus facta est una caro, & idem dicendum est de genero respectu socrus. Deinde pro roboranda hac opinione sufficiens mihi argumentum est, quod S. Pontifex in linea ascendentium & descendentium inter affines nunquam soleat dispensare. *Engl. lib. 4. tit. 16. num. 6. plura Sanchez. lib. 7. disp. 67. per tot.*

Assertio quinta. In linea affinitatis collaterali, concordi Doctorum suffragio obtinet, in nullo gradu de jure naturæ aut divino prohibitū esse matrimonium. *Sanchez. lib. 7. disput. 66. num. 10. Engl. d. loc. eod. n. Zoës. loc. cit. num. 35.* 41

Probatur ex sacra scriptura *Gen. 29.* ubi legitur, quod Jacob Patriarcha duxerit Liam, & postea sororem ejus Rachelem. Imo *Deuteron. 25.* præceptum fuit Israelitis, si fratrum unus sine liberis decederet, alter uxorem ejus acciperet. Accedit *cap. fin. de divort.* ubi S. Pontifex dispensat cum infidelibus ad fidem conversis, ut uxores fratrum retineant.

Denique facit, quod Julius secundus Romanorum Pontifex dispensaverit cum Henrico octavo Angliæ Rege, ut licite duceret uxorem Catharinam, quæ nupta ante fuerat ejus fratri Arturo, sine liberis mortuo, imo (ut aliqui volunt) non

cognita; quidquid autem sit, cognita illa fuerit, nec ne, Clemens septimus consultis totius orbis illustribus universitatibus, & maturissimo consilio habito, decrevit authoritate Pontificia fuisse legitimam dispensationem; quam Julius secundus in Henrico fecit. Porro tametsi de jure naturæ prohibitum esse non videatur inter affines in primo gradu matrimonium contrahere: vetuit tamen Concilium Trident. *sess.* 24. *cap.* 5. *de reformat. matrim.* dispensari, nisi publicæ pacis causa inter magnos Principes. *Zoës. loc. cit.*

His prælibatis, respondetur, dispensare posse S. Pontificem super impedimentis humano jure inductis, modo justa causa subsit, qui enim legem dedit, illam iterum tollere, & abrogare potest, *Zoës. loc.cit.n.*30. *Engl.n.*3. *lib.*4. *tit.*16. & quoad hoc nulla est inter Doctores differentia; in eo vero rotatur

42 Quæstio. An S. Pontifex dispensare possit in impedimentis jure naturali aut divino matrimonium dirimentibus? Respondetur negative. Ita *Sanchez. lib.* 3. *disp.*6. *num.*10. *Engel d. lo. & Zoës.* Ratio est, quia inferior non potest tollere, aut mutare legem superioris, cui est subjectus *can.*4. *disp.*25. Deinde lex divina & naturalis est fundata in voluntate divinæ Majestatis. Sicuti ergo voluntas divina est perpetua & immutabilis, ita quoque lex divina & naturalis est perpetua & immutabilis.

Dices: S. Pontifex potest dispensare in voto & juramento; atqui votum & juramentum sunt juris naturalis & divini, quia utrumque jus vult ejus implementum; ergo S. Pontifex potest dispensare in jure divino & naturali.

Pro solutione observa duplex esse jus divinum naturale. Quoddam ab humana voluntate ortum & ex ejus suppositione obligans, ut votum & juramentum. Aliud vero absolutum & ex divino arbitrio derivatum.

In priori S. Pontifex recte dispensat Non etiam in posteriori. Prior enim voluntas, quæ est hominis, auferri & tolli potest, atque ita cessat obligatio voti vel juramenti; posterior vero voluntas, utpote perpetua & immutabilis tolli non potest per Pontificem. Ecce! jus divinum est, ut, qui votum habet, id impleat; & hoc semper manet integrum. At aliquem habere votum, non est jus divinum, sed voluntate propria effectum, quam voluntatem S. Pontifex impedire potest; quare tunc non proprie dispensat in jure divino, sed tollit obligationis fundamentum, quam homo actu humano sibi imposuit; quo soluto evanescit juris divini circa illud votum obligatio. *Sanch. lib.* 2. *disp.* 14. *n.* 5.

Urges: Residentia Episcoporum est juris divini positivi. Item consecratio sub utraque specie est juris divini positivi, atqui Pontifex circa residentiam Episcopi, item ut consecratio in locis, ubi est inopia vini, sub una specie fiat, potest dispensare; ergo S. Pontifex potest in jure divino dispensare, per consequens etiam in gradu prohibito de jure naturæ vel divino. Respondetur, transeat antecedens, negando consequentiam. Ratio differentiæ est quia dispensatio in priori casu non trahit secum tam malam consequentiam, quam in casu posteriori, ubi periculum foret, si frater & soror scirent se posse spem concipere futuri matrimonii, ne forte, ubi simul educantur, & nutriuntur, fornicationes admitterentur, a quibus facilius removentur, si matrimonii futuri nullam sciant possibilitatem, non tam facile enim in libidinem quis prurit exercendam cum persona, cum qua nullam habet spem futuri matrimo-

matrimonii, *Sanchez lib. 8. disp. 6. per tot. Engl. lib. 4. tit. 16 §. 3. n. 3.*

Huc usque determinavimus in quoto gradu prohibitum sit contrahere nuptias, sequitur recta methodi ratione, quid sint nuptiæ.

43 Nuptiæ a nubendo dictæ sunt; olim enim moris erat, ut puellæ noviter nuptæ, pudoris gratia, se obnuberent & velarent. Ratio vero, quare obvelare se debuerint, est, ut signum subjectionis fœmineo sexui imprimeretur, ac scirent, se viro esse subjectas, & discant esse humiles. Hinc dicitur, non esse facta ex capite, ne domina esset, vel in virum dominari temere præsumat, nec ex pede, ne videretur famula esse: sed ex costa, ut collateralis & quasi socia esset mariti.

44 Nuptiæ, quæ alio & magis proprio nomine vocantur matrimonium, definiri solent, quod sint maris & fœminæ conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. *§. nuptiæ 1. Inst. de pat. potest.*

Dixi primo, *conjunctio*. Intellige animorum non corporum; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit, *L. 30. ff. d. R. J. cap. 14. X de sponsal.* Secundo *maris & fœminæ*: tum ut excludatur Sodomia: tum quia in matrimonio non debet esse, nisi una mulier, & unus masculus; polygamia enim omni jure prohibita est. Tertio *individuam vitæ consuetudinem*; quia matrimonii semel contracti perpetuus & indissolubilis est nexus, puta quoad vinculum, quia ad thorum & mensam nonnunquam conceditur separatio, ut infra prolixius dicemus.

45 Dividitur matrimonium in legitimum, ratum, & consummatum.

Legitimum est, quod inter personas non impeditas, hoc est habiles legitimo consensu juxta leges contractum est, sive quod in solo legitimo ac naturali consensu consistit, nec Ecclesiæ habet ratificationem aut sacramentum. Quale etiam inter infideles, & sacro baptismi lavacro non tinctos habetur. *Ratum* est, quod habet rationem Sacramenti, cui tamen necdum accessit copula carnalis, quale est post sacerdotalem benedictionem. Et de hoc procedit regula, quod nuptias non concubitus, sed consensus faciat. *L. 20. ff. de Rit.*

Consummatum est, quod per concubitum & carnalem copulam præcedente legitimo consensu de præsenti completum & consummatum est.

Contrahere matrimonium possunt omnes, qui non prohibentur natura vel jure, quales sunt, qui laborant impedimento vel impediente vel dirimente, de quibus infra. Potest quis etiam matrimonium contrahere per procuratorem. Ubi tamen sequentia concurrant necesse est. 46

Primo ut procurator habeat speciale mandatum: nec satis est generale ad omnia negotia, sed debet esse nominatim ad matrimonium.

Secundo ut sit mandatum ad contrahendum cum certa persona, *L. 34. ff. de rit. nupt.*

Tertio, ut procurator per se ipsum exequatur; non enim potest alium substituere, nisi licentia substituendi expresse in mandato contineatur. *cap. fin. de procurat. in 6.* Ratio quia in iis, ubi electa est industria personæ non admittitur substitutio. Quarto, ut tempore, quo contrahit procurator, non sit revocata potestas; si enim contrahendi potestas revocata sit, matrimonium contractum per procuratorem nullum est, nec refert, sive sciverit procurator revocationem, sive ignoraverit. *d. cap. fin. de procurat.*

in

in 6. quod ob libertatem matrimonii speciale est. *Sanchez. lib. 2. disp. 11. num. 3.4.& 5. Pirrhing de matrim. sect. 3 §.4.*

47 Requisita matrimonii sequentia absolvunt.

Primo requiritur, ut contrahentes sint cives Romani; servi enim non matrimonium, sed contubernium contrahere dicuntur, *l. 3. Cod. de incest. nupt.* quod procedit de jure civili, non vero de jure Canonico. *Manz. de nupt. ad princ. n. 3.*

Secundo requiritur justa ætas, hoc est, ut contrahentes sint puberes, id est masculi sint majores quaduodecim, fœminæ vero sint majores duodecim annis. Sane si malitia ætatem suppleat, hoc est, si ante prædictam ætatem potentia generativa polleant, de jure Canonico matrimonium contractum subsistit, quia cessat ratio inhabilitatis. *c.9.& ult. de desponsat. impub. Engl. d.t.n 8.* Ratio vero quod citius pubescant fœminæ, quam masculi, in aperto est, quia universim vilia, vilia & debilia celerius a natura perfici, quam fortia&nobilia. Pomum putredini obnoxium citius maturescere cernas quam incorruptum, *confer. Theophrast. lib. 1. & 4. de causa plantar.* Illud hic, quod supra neglexi, monitum volui quod sponsalia impuberis cum pubere contracta ex parte impuberis non aliter valeant, quam si sint ratificata ab impubere, si pervenerit ad pubertatem. Pubes vero irrevocabiliter obligatur *cap. de illis 9. de despons. impub. Engl. eodem tit. n. 2. Schneid. de nupt. n. 14. Chlinb. q. 3. ob. 1.*

Tertio requiritur ad matrimonium deliberatus contrahentium consensus; hic enim velut basis & fundamentum matrimonii, cum nuptias non concubitus, sed consensus faciat. Deinde matrimonium est species contractus; ad omnem vero contractum requiritur consensus mutuus contrahentium *L. 1. ff. de pactis. §. 1. Inst. de empt. & vend. Harp. Inst. h.t.n.29.* Cum vero per istum consensum contrahentes sibi invicem jus tradant in corpora sua ad usum humanæ generationis, ideo haud inepte.

Quæres 13. An iste consensus debeat fieri formaliter in ipsam copulam, an vero sufficiat fieri in jus exigendi copulam? Respondetur, posterius sufficere, quia per hoc quod quis consentiat in jus exigendi copulam, jam impletur finis matrimonii, qui consistit in generatione prolis; licet aliquis non consentiat in ipsam copulam. Unde sua sponte fluit inter B. Virginem, & S. Josephum verum fuisse matrimonium.

Dices. Qui jus exigendæ mercis transfert in emptorem, peccat, si nolit obligationi satisfacere; ergo si B. Virgo jus exigendæ copulæ transtulit in S. Josephum, licite non potuit sibi proponere, quod debitum conjugale nunquam vellt reddere. Respondetur negando consequentiam; ratio differentiæ est, quia illibata Virgo aliunde scivit, nempe per revelationem divinam, debitum conjugale nunquam exactum iri, ideoque licite potuit sibi proponere, quod id reddere nunquam velit. Contra qui vendit aliquid, ille moraliter certus est, fore, ut res vendita ab emptore exigatur, adeoque inique facit, si obligationi contra venire decernat. *Franz. lib. 1. tit. 10. p. 2. §. 4. n. 3.*

Quarto requiritur ad matrimonium consensus parentum. *princ. Inst. h.t.l.4. ff. de R. J.* & hoc adeo verum est ut nuptiæ sine consensu parentum contractæ sint ipso jure nullæ *d. text.* Quod procedit tantum de jure Civili, de Jure enim Canonico, cum matrimonia debeant esse libera, & non pendere ex alieno arbitrio *cap. gemma 29. de spons.* consensus parentum

parentum non requiritur de necessitate, sed tantùm de honestate, coactæ enim nuptiæ solent habere tristes exitus. *cap.* 2.*[caus.* 27. *q.* 2.

Non obstat. 1. *princip. Inst. h. t.* ubi dicitur *naturalis ratio* exigit parentum consensum, ut proinde jure naturæ requiri videatur. Enim verò respondetur, id procedere de honestate non de necessitate.

Non obstat 2. præceptum decalogi, *honora*, &c. quia sequeretur, etiam matris consensum requiri, quod ipsi adversarii non admittunt. Porrò quòd nuptiæ sine consensu parentum contractæ grave etiam peccatum involvere possint, præcipuè in casu quò parentes justam denegandi consensum causam habuerunt, non ibo inficias, prout id ipsum attestatur *Engl. de desponsat. impub. n.* 6. *Schambog. de nupt.*

Quintò requiritur ad matrimonium ut consensus in facie Ecclesiæ coram parocho & duobus testibus manifestetur. Ita statuit *Concil. Trident. sess.* 24. *de reformat. cap.* 1. quod Concilium matrimonia clancularia jam antehàc severé prohibita, penitùs irritavit, propter gravissima inconvenientia, quæ inde nascebantur. Frequenter enim accidit, ut quis ductâ clàm unâ deinde palàm ad alias nuptias provolaverit, spe fretus, fore, ut de priori matrimonio convinci nequeat, *Franz. loc. cit.*

Dices: Ecclesia non potuit facere ex Sacramento non Sacramentum, sed matrimonium clandestinum ante Concilium Tridentinum fuit Sacramentum; ergò Ecclesia ex eo non potuit facere non Sacramentum. Respondetur distinguendo majorem. Ecclesia non potuit facere ex Sacramento non Sacramentum directè, hoc est, mutando vel tollendo materiam & formam determinatam à Christo concedo majorem; indirectè, hoc est mutando aliquid, sub directione & determinatione Ecclesiæ relictum, nego majorem; sed matrimonium clandestinum ante Concilium Tridentinum fuit Sacramentum, & simul contractus fuit validus, concedo, & non fuit validus, nego minorem & consequentiam. Ecce! Christus Dominus instituit quidem contractum matrimonii pro materia Sacramenti, sed non omnem & quemcumque contractum pro materia Sacramenti instituit, sed contractum validum. Jam verò quis contractus dicendus sit validus pro Sacramento matrimonii, Christus Dominus non determinavit, sed id determinationi Ecclesiæ reliquit. Potuit itaque Ecclesia eidem certas leges statuere, illis non observatis irritare; nihil autem per hoc mutavit in ratione materiæ, quæ semper in contractu valido consistit, nec priùs in materiam Sacramenti transit, quàm contractus sit validus. Unde etiam olim clandestinus contractus fuit materia Sacramenti, sed non quatenus clandestinus, sed quatenus tunc temporis erat validus. *Engl. de Clandest. desponsat. n.* 11. *Konig. num.* 13. *eod.*

Dixi *coram Parocho.* Hinc.

Quæres 14. Qualis parochus assistere debeat matrimonium? Respondetur proprium parochum requiri, qualis ille dicitur, in cujus parochia vel ambo contrahentes, vel unus tantùm ex contrahentibus habet domicilium vel quasi domicilium. Ubi

Nota, quòd quis dicatur in eo loco verum domicilium habere, in quem bona & res suas collocavit, animo ibi perpetuò commorandi, ly tamen *perpetuò* in sensu accomodo accipiatur, necesse est, ut denotet non aliquam æternitatem, sed propositum in loco aliquo per longum tempus, puta, decem annorum permanendi.

permanendi *L.* 2. *Cod. de incolis.*

Quasi domicilium dicitur quis habere in illo loco, in quo quis per majorem anni partem permanendi propositum habet. *Engl. de foro competenti.* §. 1. *n.* 7. *Sanchez l.* 3. *disp.* 23. *num.* 2. *& seqq.* Itaque ille proprius parochus est, ubi quis habet verum, vel quasi domicilium, & quando sponsus & sponsa sunt ex diversa parochia, ad valorem matrimonii sufficit, si assistat proprius parochus alterutrius, puta, sponsi vel sponsæ. Nec refert, an proprius parochus intra vel extra parochiam, aut in aliena etiam diœcesi assistat, in posteriori tamen casu licentiam ordinarii necessariam esse docet *Pirrhing. ad decret.* §. 3. *de Clandest. despons.* Ex dictis sequitur studiosorum Viennensium proprium esse Viennensem parochum, nec licere ipsis cum aliqua ad pagum vicinum excurrere, & ibi sine licentia proprii parochi copulari. Imò parochus sine licentia proprii parochi conjungens suspenditur ipsô factô, donec ab ordinario parocho contrahentium absolvatur. *Trident. sess.* 24. *de reform. Matr. cap.* 1. *Zoes. de Clandest. despons. n.* 3.

Vagi, qui nullibi constanter habitant, sed incerto late vagantur, coram quolibet Parocho rectè junguntur, juramentum tamen ipsis deferri solet, quòd nullò impedimentò canonico, vel alio matrimoniò ligati sint. *Engl. d. t. n.* 13. *Trident. c.* 7.

Effectus matrimonii plures occurrunt.

Primò obligat ad reddendum debitum conjugale; quæ tamen obligatio demum post duos menses incipit. *cap.* 7. *de convers. conjugat.*

Secundò obligat matrimonium ad corpus alteri tradendum.

Tertiò ad individuam vitæ consuetudinem. Et quartò ad cohabitandum.

Planè quandoque obligatio cohabitandi cessat, puta, si justa causa intercedat, propter quam peti potest quoad thorum & mensam separatio. Quas causas lubet in ordine recensere.

Prima causa petendi separationem, 50 quoad thorum & mensam est adulterium; siquidem obligatio cohabitandi hanc tacitam conditionem imbibit, *nisi fides conjugalis violata fuerit.* Si ergò violata fuerit, pars innocens separationem quoad thorum & mensam justé petit. *Cap.* 4. *de adulteriis.*

Quæres 15. An propter adulterium 51 non solvatur matrimonium etiam quoad vinculum?

Si heterodoxos consulas, pleno agmine in affirmativam ruunt, ut videre est apud *Harp.* §. 11. *Inst. h. t. Schneid. num.* 32. *h. t. de divort. Hun. var. resol. pag.* 202. *Bachov. ad Treult. vol.* 2. *disp.* 9. *th.* 8.

Item de jure civili affirmativa sine altercatione procedit per *l.* 8. *cod. de repudii.* Ubi aperté sancitur, virum propter adulterium uxoris lucrari dotem, & si velit, posse statim aliam ducere. Verum

De Jure Canonico Negativa adeo certa est, & communis, ut nullus sit, qui dissentiat; imo Concilium Tridentinum contrariam sententiam anathemate damnavit. *sess.* 24 *cap.* 7.

Probatur hæc sententia 1. ex textu *Luc.* 16. *vers.* 18. ubi generaliter dicitur; *omnem, quicunque dimiserit uxorem suam, & aliam duxerit, mœchari, sive adulterium committere.*

Secundò ex Apostolo Paulo 1. ad Corinth. 7. his verbis: *iis autem, qui matrimonio juncti sunt, præcipio non ego, sed Dominus, uxorem à viro non discedere: quod si discesserit, manere innuptam, aut viro*

viro suo reconciliari. Ecce! in prioribus verbis, ubi Apostolus dicit: *præcipio à viro non discedere*, loquitur de discessu injusto, hoc est prohibet iis, qui matrimonió juncti sunt, ab invicem discedere. In posterioribus verbis autem loquitur de discessu justo, descendente à causa justa v. g. fornicationis. Quòd autem loquatur de discessu justo in posterioribus verbis, patet exinde, quia uxori optionem dat, an velit innupta manere, an viro reconciliari, quam optionem dare non potuisset, si de discessu injusto loqueretur. Jubere enim simpliciter debuisset, ut uxor ad virum rediret. *Engl. de divort.* §. 2. *num.* 8.

Tertiò, ex fortissimo textu Lucæ *cap.* 16. *vers.* 18. *Marci* 10. *vers.* 11. 12. ubi generaliter dicitur, *qui dimittit uxorem*, & *alteram ducit*, *mæchatur*, & *qui dimissam à viro ducit*, *etiam mæchatur*.

Non obstat textus Mathæi 5. vers. 32. ubi heterodoxi Achillem ponunt, his verbis: *Dico autem vobis, quia quicunque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem*, & *aliam duxerit, mæchatur*. Ergò à contrario inferunt, qui propter causam fornicationis uxorem dimittit, & aliam ducit non mæchatur. In textu mirificé exultant heterodoxi, sed sine causa. Siquidem respondetur textum in hunc modum interpretandum esse, ut illa exceptio de fornicatione uxoris referatur tantùm ad verba præcedentia, ut scilicet liceat dimittere uxorem, nisi ob causam fornicationis, non autem ad verba subsequentia.

Non adversatur, si dicas, ex nostra explicatione sequi, non nisi unicam causam, puta fornicationis, olim fuisse ad separationem, atqui sunt plures causæ, ergò. Respondetur enim, reliquas causas à SS. Pontificibus inductas esse. *Engl. n.* 10. *d. loc. Schamb. de pat. potest* §. 1.

Hactenus ergò vidimus propter adulterium à parte innocenti separationem peti posse; sunt tamen aliqui casus, in quibus propter adulterium separatio non conceditur.

Primus est, si pars innocens pari se 52 crimine obstrinxerit, tunc enim delicta mutua compensatione tolluntur. *cap. ult. de adult.*

Secundus est, si maritus uxori causam adulterii dederit, ipsam pro mercede prostituendo vel non prohibendo, cùm potuisset, vel denique denegando debitum conjugale. *cap.* 24. *caus.* 24. *q.* 2.

Tertius est, si conjux probabiliter crediderit, alterum conjugem decessisse, & alii nupserit *l.* 7. *Cod. de repud.* Quod si vero certiorata de vita mariti perstiterit in secundo conjugio debitum reddendo ac petendo, adulterii ream se reddit, cessat enim causa ignorantiæ. *Engl. de divort. n.* 27. Et si contingat post nuptias cum secundo contractas priorem maritum, quem uxor credidit decessisse, reverti, tenetur relictò posteriori ad priorem redire. *Zoës. ad decret. de secund. nupt. n. ult.*

Quartus est, si mulier vi compressa fuerit. *l.* 39. *ff. leg. ad Jul. de adult.*

Quintus est, si quis uxorem accesserit, simulans se esse maritum, cui uxor bona fide, nil mali cogitans, credidit. *cap.* 6. *caus.* 34. *q.* 2.

Sextus, si innocens pars conjugi delictum condonaverit, vel expressè vel tacitè, puta petendo vel reddendo debitum conjugale. *Arg. l.* 1. 5. §. 5. *ff. ad leg. Jul. de adult.*

Secunda causa, ob quam potest peti separatio quoad thorum & mensam, est hæresis, si alter conjugum hæresin amplectatur, ac aliquoties monitus errorem

dimittere recuset, tunc enim pars innocens à parte nocente separationem rectè petit ob periculum, ne ipsa, vel soboles seducatur. *Engl. loc. cit. num.* 20. *Sanchez. lib.* 10. *disp.* 14. *num.* 18.

Tertia causa est sævities, puta, si unus conjugum alteri gladiò aut venenò insidietur, aut atrocia verbera inferat, aut denique aliud grave malum faciat, nemo enim præsumitur cum tanto suo damno se ad cohabitationem obligare voluisse: Sanè levia verbera petulantibus fœminis subinde inferre mariti possunt, *cap quemadmodum* ☩ *de Jur. Jur.* imò talia verbera nonnunquam salutaria sunt.

Quarta causa est incitatio ad peccatum, si maritus vel it uxorem prostituere, & lenocinium exercere, si homines impudicos in domum introducat, vel uxorem ad patranda homicidia incitet.

Quinta causa est spirituale bonum, puta, si uterque conjux, vel unus saltem consentiente altero religionem velit ingredi. Per talem enim ingressum matrimonium priùs contractum dissolvitur, adhibita tamen distinctione inter matrimonium ratum & consummatum. Nam ratum etiam quoad vinculum dissolvitur, ita ut remanens in sæculo ad secundas nuptias transire possit, sed tunc primum ubi ingressus professionem fecit, *cap.* 2. & 7. *de convers. conjugat.* matrimonium verò consummatum solummodò quoad cohabitationem, id est, quoad thorum & mensam dissolvitur, sicut per divortium *cap.* 4. & 8. *eod.* Ratio differentiæ est, quia matrimonium ratum solummodò significat *Conjunctionem Christi cum anima fideli per gratiam*, quæ conjunctio in melius mutari potest.

Contrà verò matrimonium consummatum significat *conjunctionem Christi cum Ecclesia*, quæ conjunctio indissolubilis est.

Sexta causa est morbus contagiosus v. g. lepra, lues gallica, pestis &c. quia naturalis ratio dictat, ne matrimonii obligatio eò usque extendatur, ut cum tanto periculo valetudinis ad cohabitationem sospitem adstringat. *cap.* 2. *de conjug. lepros.* Quod si periculum morbi cesset, redintegrandum erit matrimonium *Franz. n.* 11. Vidimus quomodò matrimonia dissolvantur quoad thorum & mensam: sequitur quomodò dissocientur quoad vinculum; ubi quatuor casus reperiuntur. Primus est, si alter ex conjugibus decedat. *Rom.* 2. & 3. Mors enim omnia solvit. *Nov.* 22. *cap.* 20. Secundus si alter conjugum infidelium convertatur ad fidem, & is, qui manet infidelis, vel omninò nolit cohabitare fideli, vel non nisi cum gravi scandalo; tunc enim favore fidei permittitur fideli ad aliud matrimonium decurrere 1. *ad Corinth.* 7. *vers.* 15. *cap.* 7. & 8. *de divort.* Tertius si alter conjugum ante consummatum matrimonium intret religionem, & in ea profiteatur. *cap.* 7. *de convers. conjugat.* Quartus si S. Pontifex ex justa causa dispenset in matrimonio rato tantùm, licentiàmque, prout potest, dederit ad alium matrimonium decurrendi. *Franz. loc. cit. n.* 12.

Tandem sequitur de impedimentis, quæ sunt duorum generum. Impedientia, & dirimentia.

53 *Impedimenta impedientia* dicuntur, quæ nuptias reddunt illicitas, non tamen invalidas: Sive quæ quidem ab initio prohibent matrimonium contrahendi, de facto tamen contractum non declarant nullum. Huc pertinet regula, quòd multa prohibeantur fieri, facta tamen tenent. *cap.* 16. ☩ *de Regularib.*

Impedimenta dirimentia sunt, quæ nuptias non tantùm reddunt illicitas, sed etiam invalidas: Sive quæ non tantùm prohibent

prohibent matrimonium contrahendi, sed etiam de facto contractum nullum declarant, & invalidant. Impedimenta impedientia hisce versiculis continentur.

Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriarum,
Atque catechismus, sponsalia, jungito votum,
Incæstus, raptus, sponsatæ mors mulieris,
Susceptus propriæ sobolis, mors presbyteralis,
Aut si pæniteat solemniter, aut monialem
Accipiat, prohibent hæc conjugium sociandum.

Pleraque ex istis impedimentis exoleverunt; dicam tamen, quid unum alterumve sit, quæ adhuc vigent, quorum quatuor occurrunt.

Primum impedimentum impediens est Ecclesiæ vetitum, quando videlicet Episcopus vel Parochus aliquibus prohibet, ne matrimonium contrahant, donec plenius fuerit inquisitum super causa, quæ subesse videtur. Hac prohibitione non obstante matrimonium tamen contractum tenet, contrahentes verò pendente inquisitione quoad thorum & mensam separari, ac condignâ pœnâ affici possunt. *cap.* 1. & 2. ✠ *de matrimon. contract. cont. interdict. eccles. Sanchez. lib.* 7. *disp.* 6. *n.* 6. *Zoës. ad decret. d. t.* & *Engl. de sponsalib. n.* 4. §. 3.

Secundum impedimentum impediens est tempus feriarum, quale est illud, quo solemnes nuptiæ interdicuntur. Et olim fuerunt diversa tempora, quibus matrimonium contrahere prohibitum est. Hodiè post Concilium Tridentinum non licet celebrare nuptias à Dominica prima Adventus usque ad Festum Epiphaniæ, & à die Cinerum inclusivè usque ad octavam Paschæ. *Trident. Sess.* 22. *cap.* 10. *de Reformat. Matrimon.* Sanè si justa & revelans causa subsit, cum licentia Episcopi etiam poterit tempore feriarum matrimonium contrahi, modò id fiat sine publica pompa & scandalo. *Engl. de matrimon. contract. cont. interdict. eccl. n.* 4. *Zoës. n.* 4. *d. t.*

Tertium impedimentum impediens est catechismus, quo nomine venit instructio fidei, qua olim patrini noviter baptizandum imbuerunt, & sic quasi spiritualem cognationem contraxerunt, quæ posuit impedimentum impediens. *cap. ante baptismum dict.* 4. *de consecrat. cap.* 2. *de cognat. spirit. in* 6. Hoc impedimentum exolevit, vide *Sanchez. lib.* 7. *disp.* 10.

Quartum impedimentum impediens sunt sponsalia, de quibus suprà, ubi diximus, quòd sponsalia de futuro solvantur per sponsalia de præsenti seu matrimonium; quod quidem matrimonium esse validum, sed non licitum, imò graviter peccari, si contra prima sponsalia contrahatur matrimonium, docet *Gonzalez in cap.* 22. *de sponsal.*

Quintum impedimentum impediens est votum, puta simplex v. g. castitatis, ingrediendi religionem, suscipiendi sacros ordines, cælibratûs, &c. *cap. un. de vot.* & *voti redempt. Konig. ad decret. tit.* 16. *n.* 6.

Reliqua impedimenta impedientia in desuetudinem abierunt, adeoque, quæ in usu non sunt, attendi non debent; ea tamen videre possis apud *Clariss. P. Konig. d. lo. qui idem tit.* 1. *n.* 127. docet consuetudine receptum esse, quòd Episcopus in his impedimentis dispensare possit, licèt regulariter inferior non dispenset in lege superioris.

Impedimenta dirimentia his versiculis poëta canit:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,

Cultûs disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si fortè coire nequibis.
Si parochi & bini desit præsentia testis.
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto.
Hæc socianda vetant, connubia facta retractant.

Primum itaque impedimentum dirimens, est *error*, qui duplex est: alius *substantialis*, sive qui decipit circa substantiam seu personam, v. g. si putans se contrahere cum Berta contrahat cum Mævia. Alius *accidentalis*, sive qui decipit circa qualitates personæ, v. g. si putans se ducere divitem, nobilem, formosam, ducat pauperem, plebejam, & deformem, &c.

54 Error substantialis ponit impedimentum dirimens etiam de jure naturæ, quia excludit consensum, *l.* 23. *locati, conducti*, *l.* 116. §. 2. *ff. de R. J.* Sine consensu autem matrimonium non potest subsistere, *cap.* 26. ✠ *de sponsal.* Unde fluit, non valere matrimonium, si volenti mihi ducere Bertam, per fraudem supponatur Mævia, in tantum, ut ego conjugem vel retinendi vel dimittendi, atque aliam ducendi liberam habeam potestatem. *Konig. de conjug. serv. n.* 17. *Sanchez. lib.* 7. *disp.* 18. *n.* 25.

55 Error accidentalis non ponit impedimentum dirimens, licet talis error det causam contractui, & ex dolo contrahentis proveniat. *cap.* 18. *de sponsal.* ubi dicitur matrimonium non irritari ob mendacium vel dolum ad id inducentem; ratio, quia talis error non omninò excludit consensum, cùm prædicatis accidentalibus non censeatur alligata intentio contrahentium. Unde sua sponte fluit, valere matrimonium initum cum puella paupere, quam divitem esse putavi, licèt contracturus non fuissem, si scivissem puellæ paupertatem; ratio non est alia, quàm quòd divitiis utpote qualitati accidentali non censeatur alligata intentio contrahentium, & restitutio mentalis in matrimonio nihil operetur. *Engl. tit.* 1. *de sponsal.* §. 4. *n.* 4. *Zoës. ad decret. de conjug. serv. n.* 8.

Ex eodem principio fluit, valere matrimonium contractum cum corrupta, quam quis credidit esse virginem; rectè sanè meô judiciô; si enim defectum virginitatis poneret impedimentum dirimens, quis non videt, quanta incommoda in communione reipublicæ oritura essent, quantaque matrimonia publicè contracta, & cæcâ omnium opinione valida rescindi deberent, cum non modico præjudicio fœminarum.

Non adversatur primò, quòd error personæ alia Sacramenta non vitiet, puta, si quis baptizet, ungat, ordinet, absolvat Petrum, ratus esse Paulum, ergò neque vitiabit matrimonium: Respondetur negando consequentiam; disparitas est, quòd in aliis Sacramentis non ineatur contractus cum persona suscipientis, nec intersit ministri, quis Sacramenta suscipiat, aut cui illa applicet, seu ministret. In matrimonio verò initur contractus, & interest contrahentis, cum qua contrahat, quo circa contrahens intentionem suam potest restringere ad certam personam, cùm in aliis Sacramentis id non possit, sed debeat habere intentionem baptizandi vel absolvendi, &c. personam præsentem & capacem, quæcunque illa sit. *Konig. Loc. cit. n.* 11.

Non refragatur 2. dolus dans causam contractui bonæ fidei, facit contractum nullum *l.* 7. *ff. de dolo.* , ergò dolus etiam decipiens circa qualitatem accidentalem

talem faciet matrimonium nullum. Enim vero. Respondetur primò à contractibus ad matrimonium quoad rescissionem legitimum argumentum non duci; quoniam rescissio contractûs non est scandalosa, sicuti matrimonii. *Engl.tit.*1. *de sponſ.* §. 4. *n.* 4. Respondetur secundò quòd dolus dans causam contractui etiam non faciat contractum nullum, si decipiat circa qualitatem accidentalem; prout *in lib.* 3. Deo dante audiemus.

Porrò tametsi regulariter error accidentalis non ponat impedimentum dirimens,

Fallit tamen primò, si qualitas accidentalis, circa quam erratur, expressé apponatur per modum conditionis, ita, ut omnem in hanc conditionem consensum suspendat, & ejus intuitu in matrimonium consentiat, expressè asserens, se non consensurum, nisi talis conditio subsit, v. g. duco te, si dives es. Quo in casu conditio deficiens ponit impedimentum dirimens, quia deficiente conditione, deficit consensus, qui essentialiter ad matrimonium requiritur, *Engl. d. lo. n.* 2 *Pirrhing. de sponſal. ſect.* 6.§.3. *Zoëſ. ad decret. de conjug. serv. n.* 9. *Konig. eod. tit. n.* 15. *Sanchez. lib.*7. *disp.* 18. *n.* 25.

56 Fallit secundò, si error qualitatis redundet in errorem personæ, v. g. si volens contrahere cum primogenita Titii, contrahat cum secundo genita; vel si volens contrahere cum filia pulchra Titii, contrahat cum altera filia deformi: quia non tam censetur habere respectum ad qualitatem pulchritudinis, quàm ad modum distinguendi, hoc est, ut per illam qualitatem declaret, in quam personam consentiet, *dd. auth.*

57 Secundum impedimentum dirimens est *conditio*, sicuti enim omnes contractus non tantùm puré, sed etiam conditionaté iniri possunt, ita quoque sponsalia, & matrimonium sub conditione recté contrahuntur. *Engl. tit.* 4. *lib.* 5. ubi tamen

Observa, quod conditio alia sit possibilis, alia vero impossibilis. Conditio possibilis est, cui non repugnat existere; ut si dicam: duco te si mille in dotem dederis. Conditio impossibilis, vel est talis naturâ, vel jure.

Conditio naturâ impossibilis dicitur, cujus eventus repugnat naturæ, v. g. si cœlum digitó tetigeris, si vulpanserem in dotem dederis.

Jure impossibilis conditio dicitur, quæ repugnat honestati vel bonis moribus: v. g. si patri tuo venenum propinaveris. Sub conditione possibili, quin matrimonium contrahi possit, nullus est, qui rapiat in controversiam, idque claré decisum est, *in cap.* 3. ✠ *de condit. appoſit.* Sed

Quæres 16. quid juris, si conditio impossibilis matrimonio adjiciatur?

Antequam quæstionem resolvam sciendum est, quòd conditio impossibilis sive naturâ, sive jure contractibus adjecta vitiet quemlibet contractum, quasi censeantur partes non habuisse animum contrahendi. *L.* 31. *ff. de O. & A.* Modus autem impossibilis contractum non vitiat, sed vitiatur & pro non adjecto habetur; v. g. dono tibi equum, ut cœlum ascendas, ut hæreticus fias. *Zoëſ. ff. de condit. & demonſt.* Pariter conditio impossibilis sive naturâ, sive lege in testamentis & ultimis voluntatibus habetur pro non adjecta, & vitiatur, non vitiat; ratio, quia interest reipublicæ testatoris voluntatem habere exitum. §. *impoſſibilis Inſt. de hæred. Inſt.* Jam his positis

Respondetur, distinguendum esse, an conditio impossibilis matrimonio adjecta.

jecta repugnet substantiæ matrimonii, vel aliunde turpis sit, & impossibilis. Si conditio impossibilis repugnat substantiæ matrimonii, tunc matrimonium sub ea contractum est ipso jure nullum. *Cap. fin.* ✠ *de condition.* Substantiæ autem matrimonii repugnare dicitur illa conditio, quæ adversatur vel bono prolis, vel bono fidei, vel bono Sacramenti.

Bono prolis repugnat hæc conditio: duco te, si generationem prolis evitaveris, si venena sterilitatis sumpseris. Bono fidei adversatur sequens conditio: si te adulterandam dederis pro quæstu. Bono Sacramenti denique refragatur hæc conditio: duco te, donec aliam invenero.

Si conditio aliunde turpis est, vel impossibilis, hoc est si non repugnat substantiæ matrimonii, tunc vitiatur, non vitiat, & habetur pro non adjecta: v. g. duco te, si furta feceris, si patri tuo venenum propinaveris. *d. cap. fin.* ✠ *de condit. Franz, Inst. h. t. n.* 15. *Zoëf. ad decret. de condit. apposit. n.* 1. & 2. *Konig. d. tit.* 23.

58 Quæres 17. an talis conditio, si mecum in perpetua castitate vixeris, matrimonio adjecta valeat? Respondetur interesse, an per talem conditionem partes etiam jus exigendi copulam tollere velint, & talis conditio non valebit, quia ut supra ostendimus, consensus in jus exigendi copulam est de substantia matrimonii, cujus finis est generatio humanæ prolis; & nisi talis consensus ad matrimonium diceretur necessarius, inter fratrem & sororem dici posset matrimonium, quod absurdum foret.

An vero per talem conditionem jus exigendi copulam non velint tollere, & talis conditio valebit, licet matrimonium nunquam deducatur ad executionem; ratio, quia executio non est necessaria ad matrimonium, sed jus exigendi executionem. *Chling. q.* 16. *h. t. Sanchez. l.* 5. *disp.* 10. *n.* 7. *fusè Zoëf. ad decret. de condit. apposit. n.* 6. *Schambog. de nupt. pag.* 5.

Porro cùm matrimonio non tantùm aliquid adjici possit per modum conditionis, sed etiam ut modus, vel demonstratio, vel ùt causa; ideo accurata lance trutinandum, quomodò ista inter se differant, quod ipsum fortassis multi ignorant.

Conditio dicitur adjecta negotio alicui, quando aliquid adjicitur suspendens contractum, sive quando partes ante illius eventum obligari non volunt, & plerumque exprimitur per particulam, *si*: v. g. duco te, si mille in dotem dederis. 59

Modus dicatur adjectus alicui negotio, quando partes aliquem volunt præter principalem obligationem adhuc alia obligatione onerare, & regulariter exprimitur per particulam *ut*: v. g. duco te, ut mercimonia mecum tractes. En! præter obligationem matrimonii inducitur adhuc alia obligatio, puta, mercimonia tractandi: Itaque si dubites, an conditio, an modus sit, observa, an tale aliquid adjiciatur, ut partes ante existentiam adjecti non velint esse obligatæ, & erit conditio: an verò voluerint esse obligatæ, & erit modus.

Demonstratio dicitur adjecta, quando exprimitur aliqua qualitas, quæ est in aliqua persona, v. g. duco te, quæ dives es, &c.

Causa demum dicitur adjecta, quando denotatur ratio, quare negotium perficitur: v. g. duco te, quia pulchra, quia dives es; ita more suo eruditè *Engl. loc. cit. n.* 3.

Modus, demonstratio, & causa, sive possibiles sint sive impossibiles, matrimonium

nium non vitiant, ſed vitiantur & habentur pro non adjectis, quia per adjectionem talis cauſæ, modi, aut demonſtrationis non tollitur conſenſus in principalem obligationem. *Pirrhing. ad decret. loc. cit.* §. 5. *Engl. n.* 20. *loc. cit. Zoëſ. n.* 16. *loc. cit. Konig. n.* 28.

Cæterum cùm hodie poſt Concilium Tridentinum matrimonium coram parocho, & teſtibus contrahi debeat, & aliàs utpotè clandeſtinum non valeat, inauditum ferè eſt, ſub conditione, modo, cauſa vel demonſtratione matrimonia contrahi.

60 Tertium impedimentum dirimens eſt *votum*, quod nihil eſt alind, quàm promiſſio deliberata Deo facta de meliori bono.

Votum aliud eſt ſolemne, aliud ſimplex. Illud eſt, quod in religione ab eccleſia approbata emittitur, vel ſacris ordinibus clericalibus majoribus annexum eſt. Simplex eſt, quod extra religionem abſque ſacris ordinibus emittitur. Tale votum eſt votum caſtitatis, ingrediendi religionem, vivendi in cælibatu.

Votum ſolemne ponit impedimentum dirimens matrimonii *Concil. Trident. Seſſ.* 24. *cap.* 9. idem ſtatuit *cap. un. de vot. redempt. in* 6. Votum ſimplex ponit duntaxat impedimentum impediens, non dirimens *d. cap. un.* Ratio non eſt alia differentiæ, quam quòd inter impedimenta dirimentia votum ſimplex non enumeratur, quæ cum odioſa ſint, reſtringi debent. *Pirrhing tit.* 6. *lib.* 4. §. 2. ubi dicit, licèt votum ſolemne & ſimplex à parte & natura rei non differant, differunt tamen ex eccleſiæ conſtitutione, voto enim ſolemni annexum eſt impedimentum dirimens, ſimplici non etiam *d. cap. un.* Advertis modò, quòd diſſolutio matrimonii ob votum non deſcendat ex jure divino, ſed ex jure poſitivo eccleſiaſtico; quia alias votum etiam ſimplex poneret impedimentum dirimens; quoniam quoad Deum non minùs obligat votum ſimplex, quàm votum ſolemne *cap.* 6. ✠ *Qui Clerici vel voventes &c. Zoëſ. ad decret. lib.* 3. *tit.* 6. *n.* 7. *Konig. eod. tit. n.* 12. *Sanchez. lib.* 7. *diſp.* 26.

Id adhuc obſerva, quòd is, qui poſt votum ſimplex caſtitatis matrimonium contrahit, debitum conjugale ante obtentam diſpenſationem nunquam poſſit petere, ſed tantùm reddere. Qui quatenus à vovente obſervari poteſt, tenetur obſervare. Reddere autem tenetur, ne per ſuum votum alteri præjudicet. Secùs eſt, ſi quis votum ingrediendi Religionem, ſuſcipiendi ſacros ordines, vivendi in cælibatu emiſerit, & deſuper matrimonium contraxerit, talis enim & petere, & reddere poteſt debitum conjugale, quia necdum caſtitatem actu promiſit. *Sanchez. lib.* 9. *diſp.* 33. *n.* 9. *Engl. de Clericis qui voventes, &c. n.* 3.

Quartum impedimentum dirimens eſt *cognatio*. Quæ triplex eſt, cognatio naturalis, Spiritualis, & Legalis. 16

Quid ſit cognatio naturalis, ſive conſanguinitas, quomodò ejus gradus computentur, & quo uſque conſtituat impedimentum dirimens, dictum ſatis eſt ſuprà de computatione graduum, ubi vide.

Cognatio ſpiritualis eſt propinquitas orta ex Baptiſmo, Confirmatione. Hodie iſta cognatio duntaxat ponit impedimentum dirimens, non niſi inter baptizantem vel confirmantem baptizatum vel confirmatum, ac ejus parentes, nec non inter patrinum, baptizatum, vel confirmatum ac ejus parentes. Ita *Concil. Trident. Seſſ.* 24. *cap.* 2. *de Reform. matrim.* ut ecce! Titius baptizat Cajum, & officiò patrinorum fungitur Sempronius

nius & Mævia. Hoc in casu Titius contrahit cognationem spiritualem cum Cajo, & hujus parentibus. Sempronius verò & Mævia contrahunt cum Cajo baptizato, nec non cum ejus parentibus cognationem spiritualem. Idque explicatur his versiculis:

Baptizans, baptizatus, baptizativè parentes.

Levans, levatus, levatique parentes,

Unde

Sequitur 1. Baptizatum vel ipsius patrem hodie non impediri contrahere matrimonium cum uxore levantis, aut baptizantis; quando quidem cognatio spiritualis personas prænominatas non egreditur, licet ante concilium Tridentinum secus fuerit *cap. Martinus* ⁂ *de cognat. spirit.*

Sequitur 2. Pari ratione si vir & fœmina simul infantem ex sacro fonte levent, eos nullam inter se contrahere cognationem, ac propterea sine peccato aut impedimento usus matrimonialis maritum & uxorem posse simul suscipere infantem. *Sanchez. lib. 7. disp. 59. n. 5. secus olim. cap. fin. caus. 30. q. 4.*

Sequitur 3. Etiam inter baptizantem & levantem nullum nasci impedimentum, cum & de his Concilium Tridentinum nullam mentionem faciat.

Sequitur 4. Nec inter baptizatum & filiam baptizantis aut levantis ullam contrahi cognationem, ex dicta ratione: secus olim *Cap. 3.* & *cap. fin. de cognat. spirit. Konig. d. t. n. 6. 7.* & *8. Zoës. eod. n. 4.*

Quæres 18. Quis contrahat cognationem spiritualem, si patrinus non ipse levet sed ejus nomine procuratorem mittat? Respondetur juxta consuetudinem, & declarationem Cardinalium contrahi ab ipso principali; quod enim quis per alium facit, per se ipsum fecisse intelligitur: cæterum abstrahendo à consuetudine vel declaratione Cardinalium probabiliter in rigore juris defendi potest, cognationem spiritualem nec ab ipso principali, nec à procuratore contrahi. Non à procuratore, quia levat aliò nomine, atque ideò non habet intentionem contrahendi cognationem spiritualem. Non à principali, quia actu non tetigit infantem, qui tamen contractus physicus necessariò requiritur. *Caus. 30. q. 1. 2. 3.* & *4. vide Konig. pulchrè hac de re disserentem loc. cit.*

Eadem quæ hactenus dicta sunt, procedunt etiam in baptismo ex necessitate facto. *Pirrhing. d. t. §. 7. Engl. eod. n. 7.*

Fallit tamen in patre, qui in necessitate baptizans non contrahit cognationem spiritualem, ne alias citra culpam petitione debiti conjugalis privetur. *Konig. n. 21.*

Cognatio legalis est vinculum civile ex adoptione resultans. Hæc cognatio ponit etiam impedimentum dirimens, non de jure naturæ, vel divino, sed tantùm ecclesiastico. *Konig. de cognat. legali. n. 12.* Et quidem de jure canonico non reperitur alia prohibitio expressa, quàm inter adoptantem & adoptatam. Item inter filiam adoptantis naturalem, & filium adoptivum. *Cap. 1. caus. 30. q. 3. c. un. Ext. de cognat. legali.* De jure verò civili latior est hujus impedimenti extensio, eamque sequitur jus canonicum *arg. cap. 1. de nov. op. nuntiat.* ubi jus canonicum non designatur constitutiones civiles claras sequi. 62

Notandum tamen est, non ex qualibet adoptione consurgere impedimentum dirimens, sed duntaxat illâ, quæ patriam potestatem inducit, qualis est, quæ ab ascendente facta est, vel arrogatio, de quibus tit. sequenti. Interea sit

Conclusio prima, inter eos, qui per adoptionem sibi loco parentum & liberorum

rorum esse cœperunt, non durante tantùm, sed etiam finita arrogatione, non posse consistere matrimonium usque in infinitum, quia cognatio legalis imitatur naturalem *L. 55. ff. de ritu. nup. Pirrhing. de cognat. leg.* §. 3.

Conclusio secunda. In linea collaterali, sive, inter eos qui fratrum & sororum locum obtinent, eo usque se extendit impedimentum, quousque patria potestas; proinde inter adoptatum, & filiam naturalem adoptatis matrimonium consistere non potest durante adoptione & patria potestate: quòd si vel per mortem vel emancipationem cesset adoptio, & patria potestas, inter eos matrimonium validè contrahitur. *Cap. un. de cognat. leg.* §. 2. *Inst. h. t. l.* 17. *ff. de ritu nupt. Engl. de cognat. legal. n.* 5.

Conclusio tertia. Cognatio legalis dirimit matrimonium inter eos contractum, qui se habent invicem per modum affinitatis: sic inter adoptatum, & uxorem adoptantis ex una parte, & inter adoptantem & uxorem adoptati ex altera parte matrimonium non subsistit, etiamsi adoptio per mortem adoptantis aut emancipationem adoptati cessaverit. *L.* 14. *ff. de rit. nupt. Pirrhing.* §. 3. *loc. cit.* Honestius tamen est, abstinere ab his nuptiis. *Zoës. n.* 5. *Extr. de cognat. legali.*

Conclusio quarta. Inter ipsos adoptatos ab eodem patre matrimonium non est prohibitum. Unde aliqui probabiliter docent, posse filium adoptatum ducere filiam adoptivam. Ratio quia nullus textus est, qui tale matrimonium prohibeat, adeoque erubescimus sine lege loqui *Engl. n.* 5.

Conclusio quinta. Tametsi unio prolis, *die Einkindschafft, oder Erb. Velrüderung*, sit species adoptionis, ejusdemque solemnitates requirat *Gail. lib.* 3. *obs.* 125. *n.* 6. & 7. Exinde tamen non nasci impedimentum dirimens veriùs obtinet. Impedimenta enim dirimentia, utpote odiosa, restringenda sunt, *Kœnig. de cognat. legali n.* 10.

Quintum impedimentum dirimens est *crimen*, puta adulterii vel conjugicidii. 63

Crimen itaque adulterii ponit impedimentum dirimens, adeoque si quis durante legitimo committat adulterium, ac fidem insuper det de matrimonio post mortem conjugis contrahendo, vel etiam de facto nuptias per verba de præsenti attentet, contrahit impedimentum criminis, quod est impedimentum dirimens, & facit, ut nunquam inter tales adulteros matrimonium valere possit. *Cap.* 3. *cap.* 6. *de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium.*

Ut hoc impedimentum consurgat, requiritur primò, ut ex utraque parte interveniat formale adulterium. *Cap.* 1. *d. t.* Secundò ut præter adulterium vel matrimonium promittatur, vel superstite conjuge defacto attentetur fortè per machinationem in mortem conjugis. *Cap. pen. eod.* Tertio ut promissio ab altera parte acceptetur, verba enim cum effectu accipienda sunt; promissio autem non acceptata est nuda pollicitatio. *l* 10. *ff. de donat.* Quartò, ut promissio sit pura, hoc est in nullum eventum suspensa: vel saltem ut ante mortem conjugis fuerit purificata, ut scilicet præbeat captandæ mortis occasionem, *Pirrhing. d. t.* §. 2. *Sanchez. lib.* 7. *disp.* 79.

Ex dictis sequitur, si stante matrimonio uxor promittat alicui matrimonium, si maritus mortuus fuerit non consurgere impedimentum dirimens; tametsi enim talis promissio etiam inducat votum captandæ mortis, impedimenta tamen matrimonii dirimentia, cùm odiosa sint, ultra casus expressos extendenda non sunt,

& consequenter solà promissio sine adulterio ad tale impedimentum constituendum non sufficit. *Pirrhing. loc. cit.* §.1. *Engl. d. t. Konig. n.* 11. & 12.

Crimen conjugicidii contrahitur: si quis conjugem, intentione matrimonii cum determinata persona ineundi, interficiat. *Cap.6.* ✠ *de eo qui duxit in matrim.* &c. Ut hoc impedimentum consurgat, requiritur 1. ut conjux occidatur, hinc machinatio sine effectu, & actuali occisione conjugis non sufficit; quia in materia pœnali & odiosa verba strictè & cum effectu accipienda sunt, *cap. Si quis Cauf.*31.*q.*1. Secundò, ut occidatur cum intentione contrahendi matrimonii cum superstite conjuge, hinc conjugicidium, quod ex rixa vel illata injuria consurgit, non ponit impedimentum dirimens. *Sanchez. lib.* 7. *disp.* 78 Tertiò ut occidatur communi partium consensu *cap.* 1. *de convers. insid. cap. de eo, qui duxit in matrimonium*, &c. Hinc si facto unius tantùm perpetretur conjugicidium non aliter hoc impedimentum inducitur, quàm si accedat adulterium. *cap.* 3. & 6. *eod. Franz. Inst. h. t. num.* 18. *Konig. cit. n.* 9.

64 Sextum impedimentum dirimens est, *cultus disparitas*, si enim fidelis contrahat cum infideli, matrimonium non tenet, quia postquàm Christus matrimonium elevavit ad naturam Sacramenti, non potest à fideli ampliùs contrahi quin charactere Sacramenti sit signatus; atqui infidelis, ut potè qui Sacramenti recipiendi incapax est, ita signari non potest: ergò. Deinde Apostolus 2. ad Corinth. 6. edixit: *Nolite jugum ducere cum infidelibus.*

Dices: valet matrimonium Catholici cum hæretica; ~~Ergò etiam fidelis cum~~ infideli. Respondetur negando consequentiam, quia in hæreticis character Sacramenti locum habet, cum illi baptismum habeant, non etiam infideles. *Chlingensperg.p.*31.*ob.*1. *de nup.h.t. Sanchez.lib.*7.*disp.*72.*n.*5.& *commun. omnes.*

Septimum impedimentum dirimens est *vis* seu *metus*. Ubi 65

Observa: quòd vis in eo à metu quidem differat, quòd vis sit corporalis coactio de præsenti alicui illata. Metus autem sit instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio; cùm tamen æquè per vim, quàm per metum alicui tollatur libertas consensus: ideò quod de metu dicitur, idem de vi cæteris paribus intelligendum erit.

Metus dividitur 1. in gravem & levem. Metus gravis dicitur, qui cadit in virum constantem, sive quo malum timetur, quod etiam viro cordato & constanti videtur formidabile. Talis est metus mortis, carceris, mutilationis, servitutis, atrocium verberum, exilii, &c. Metus levis est, qui cadit in hominem inconstantem, v. g. si minor majori minaretur verbera. Sanè num metus gravis, num levis dicendus sit, discreti judicis arbitrio relinquendum est, qui ex qualitate personarum metum determinare debet; metus enim in fœmina, vel puero gravis esse poterit, qui respectu viri constantis levis est. 66

Dividitur 2. in justum & injustum. Metus justus est, cui quis per suam propriam improbitatem causam dedit; talis est, qui flagitium commisit, & timorem accusationis, carceris, torturæ, vel pœnæ contrahit. Sic etiam metus justus erit, si quis metu incurrendæ censuræ Ecclesiasticæ matrimonium contrahit. Injustus est, qui integro vitæ, scelerisque puro infertur. His positis, sequitur

Assertio prima. Metus justus, sive gravis, sive levis ille sit, matrimonium non reddit nullum. Ratio, quia ideò matri- 67

matrimonium ob metum initum nullum est, ne contrahenti, ex metu fiat injuria, atque is, qui metum patitur, cui improbitate propria causam dedit, injuriam non sustinet: Ergò. *Sanchez. lib. 4. dis. 12. n. 3.*

Assertio secunda. Metus levis etiam non dirimit Matrimonium, quia non tollit liberam voluntatem; adeoque talem metum debet homo cordatus contemnere, quod si non fecerit, sibi & suæ verociæ imputet.

Assertio tertia, metus gravis & injustè incussus dirimit matrimonium *cap. 4. cap. 15. cap. 28. de sponsal. & cap. 2. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium.* Ratio quia tollitur libertas per metum. *Konig. d. t. pag. 2. n. 25.*

Dices: Matrimonium dolò initum non est ipso jure nullum, saltem si dolus versetur circa qualitatem accidentalem, ergò neque metu initum. Respondetur concedendo antecedens, negando consequentiam; disparitas est, quia violentia palàm infertur, in quam homines non sunt ita proclives, sicut in dolos, qui clam plerumque committuntur. Hinc non expediebat matrimonia dolò inita ipso jure esse irrita, futurum enim erat, ut plurima conjugia communi omnium opinione valida, dolo, post tempus detectò, cum ingenti perturbatione reipublicæ & damno liberorum declarari deberent irrita.

Octavum impedimentum dirimens constituit *susceptio ordinum*, puta *majorum*. Ratio, quia habent annexum solemne votum castitatis, quod est impedimentum dirimens, *cap. 1. & 6. de Clericis Conjug. cap. 1. & 2. qui Clerici vel vovent.* Ordines minores non tantùm non dirimunt matrimonium, sed neque impediunt. *cap. 3. de cler. Conjug. Engl. qui Clerici vel vovent. matrim. n. 4. Sanchez. 7. disp. lib. 46.*

69 Nonum impedimentum dirimens est *ligamen*, quia polygamia est tam de jure divino quam humano prohibita, adeoque fœmina non potest habere plures maritos, neque unus maritus plures uxores. *cap. 1. & 2. de Sponsa duorum Trident. 24. cap. 2.*

Non obstat, quòd in veteri testamento licuerit simul & semel habere plures uxores, quia id concessum fuerat ad multiplicationem generis humani, quæ ratio hodie cessat. *Engel. de sponsa duor.*

70 Decimum impedimentum dirimens est, *publica honestas*, quæ definitur, quòd sit, quasi affinitas ex sponsalibus resultans. Differt ab affinitate, quia affinitas non oritur ex animorum conjunctione, sed corporum, puta ex copula carnali, *cap. 3. de sponsal.*

Olim publica honestas diremit matrimonium usque ad quartum gradum instar consanguinitatis, & veræ affinitatis. *cap. pen. & ult. de consang. & affinit.* de jure verò concilii Tridentini *Sess. 24. cap. 3.* constitutum est, ut primum gradum numquam transcendat, adeoque hodie possit sponsus cum omnibus reliquis sponsæ consanguineis matrimonium contrahere, excepta sola matre, filia, sorore; vicissim sponsa cum sponsi consanguineis excepto patre, filio & fratre. *Konig. de sponsa duor. n. 4.*

Dicta procedunt in sponsalibus de futuro, non vero de sponsalibus de præsenti seu matrimonio rato, hæc enim dirimunt matrimonium usque ad quartum gradum: Ratio, quia olim impedimentum publicæ honestatis usque ad quartum gradum matrimonium prohibuit, non facta distinctione inter sponsalia, de præsenti & de futuro. Jam verò Concilium Tridentinum, quoad spon-

ſponſalia de futuro Jus antiquum correxit, quoad ſponſalia de præſenti verò non facit mentionem, adeoque quod non mutatum, cur ſtare prohibeatur? *Konig. loc. cit. Engl. de ſponſal.* §. 6.

Undecimum impedimentum eſt *affinitas*, de qua in principio diximus.

71 Duodecimum impedimentum eſt *impotentia*, inhabilitas exercendi copulam conjugalem, generationi prolis deſervientem.

Dividitur impotentia primo in perfectam & imperfectam. *Perfecta* eſt ineptitudo, & habilitas exercendi copulam perfectam, qualis dicitur, quæ fit cum emiſſione veri ſeminis intra vas debitum. Tali impotentia laborant Caſtrati, ſeu Eunuchi, qui utroque teſticulo orbati ſunt, hi enim tametſi membrum erigant, atque quandam materiam aquoſam emittant, non tamen apta eſt ad generationem prolis.

Imperfecta eſt, quæ non tollit ſubjecto ſuo habilitatem ad perfectam copulam, ſed generationem duntaxat impedit. Tali impotentia laborant ſteriles; hi enim verum ſemen effundere poſſunt in vas fœmineum, quamvis ob indiſpoſitionem ſubjecti aut aliam qualitatem accidentalem ſit improlificum.

Secundo diſpeſcitur impotentia in perpetuam & temporalem. *Perpetua* dicitur, quæ per media licita, facilia aut ordinaria tolli non poteſt. *Temporalis*, quæ vel ſuâ ſponte deſitura eſt, aut certè modò humano curari poteſt. Sic, v. g. impotentia, quæ naſcitur ex defectu ſufficiêtis ætatis dicitur temporalis, quia decurſu annorum ſuâ ſponte deſitura eſt, Sic quoque impotentia, quæ arte humanâ curari poteſt, habetur pro temporali. Illa verò, quæ per artem humanam, vel ſine diſcrimine vitæ tolli non poteſt habetur pro impotentia perpetua. *Zoëſ. ad decret. de frigid. & maleficiat. n.* 3.

Tertio diſpeſcitur impotentia in abſolutam & reſpectivam. *Abſoluta* dicitur, quæ ponit inhabilitatem coëundi cum qualibet fœmina; tali impotentia laborant Caſtrati, nec non exceſſivè frigidi, quibus membrum nunquam ſurgit, vel exceſſivè calidi, qui præproperè emittunt ſemen nec vas ſpectare poſſunt. *Reſpectiva* dicitur, quæ ponit inhabilitatem coëundi cum hac vel illa fœmina; veluti ſi incantatione magica effectum ſit, ut nequeam cum Titia commiſceri: vel ſi Titia reſpectu mariti, fortè ſat bene proviſi, ſit arcta nimis.

Quartò dividitur impotentia in antecedentem, & ſubſequentem. *Illa* dicitur, quæ ſuberat ante matrimonium contractum. *Hæc* quæ matrimonio contracto ſupervenit. Jam ſequitur

Aſſertio prima. Impotentia perfecta, 72
perpetua, & abſoluta dirimit matrimonium. *Ita Franz. Inſt.h.t.n.*25. *Zoëſ. ad decret. de frigid. & maleficiat. Kœnig. eod. n.*7. *Sanchez. lib.* 7. *diſp* 92.*n.*7. Ratio, quia ut matrimonium conſiſtat, debet poſſe fieri mutua traditio corporum ad uſum humanæ generationis. Atqui perpetuò impotentibus traditio hæc eſt impoſſibilis; ergò cum impotentia perfecta & perpetua non poteſt conſiſtere matrimonium. Et hæc concluſio eſt univerſalis, probaturque per *cap.* 2. *de frigid. & maleficiat. Sanchez. loc. cit. num.* 2.

Unde ſuâ ſponte fluit, Eunuchos, 73
qui videlicet utroque teſticulo orbati ſunt non poſſe contrahere matrimoniū; ad matrimonii enim veritatem requiritur, ut quis poſſit verum ſemen intra vas fœmineum intromittere, quâ potentiâ carent Eunuchi, ergò. Sanè, qui uno 74
duntaxat teſticulo orbatus eſt, qualem

nos

nos ſpadonem vocamus, à contrahendo matrimonio non coërcetur; licèt enim virtus unita fortior ſit, nihilominus tamen etiam is, qui unum duntaxat teſtem habet, æquè poterit virtutem generandi exercere, quàm is, qui unum oculum habet, actum videndi. *Sanchez. loc. cit. n.* 14. Porrò ſicuti impotentia perfecta, abſoluta & perpetua reſpectu omnium conſtituit impedimentum dirimens; ita pariter impotentia reſpectiva conſtituit impedimentum dirimens reſpectu illorum, reſpectu quorum verſatur, quia videlicet eſt eadem ratio, cùm fieri non poſſit mutua traditio corporum ad uſum humanæ generationis. Non tamen marito, neque uxori ſtatim credi debet, ſi impotentiam perpetuam abſolutam vel reſpectivam allegent, ſed probatione opus eſt, quæ ſi ſtatim ex oculari inſpectione appareat, & impotentia illa manifeſta ſit, tunc ſtatim abſque mora ſeparatio conceditur; ſin minùs triennium ipſis indulgetur, intra quod matrimonii conſummationem tentare poſſint: trienniò verò tranſactò, ſi nihil perfecerint, matrimonium declaratur nullum; ita tamen ut priùs jurent, ſe adhibitâ omni opera matrimonium conſummare non potuiſſe: *Engl. loc. cit. n.* 6. *Maſcard. de probat. concluſ.* 316. *n.* 8. Sanè ſi mulier ſine periculo vitæ inciſionem pati poſſit, tenebitur illam admittere, *cap. fraternitatis de frigid. & maleficiat. Sanchez. loc. cit. n.* 6.

Aſſertio ſecunda. Impotentia perfecta, perpetua, ſed ſubſequens non dirimit matrimonium ſemel ritè contractum. Probatur *ex cap.* 25. *cauſ.* 32. *q.* 7. ubi generaliter dicitur, ob nullam infirmitatem ſupervenientem conjugia diſſolvi poſſe, ergò neque poſſunt ob ſupervenientem impotentiam. *Engl. n.* 2. *loc. cit. Konig. n.* 13.

Aſſertio tertia. Impotentia perfecta, & antecedens, ſed temporalis itidem non dirimit matrimonium. Quoniam ubi eſt poſſibilis humana generatio, eſt etiam poſſibilis traditio corporum ad uſum humanæ generationis; atqui per impotentiam temporalem humana generatio non redditur impoſſibilis; ergò neque redditur impoſſibilis traditio corporum ad uſum humanæ generationis. Quod tamen ita procedit, ſi impotentia temporalis non fundetur in defectu ſufficienti ætatis: impubes ſiquidem matrimonium non poteſt contrahere, eſto impotentiâ laboret duntaxat temporali *cap.* 10. *& cap. fin. de ſponſ. impub.*

Aſſertio quarta. Impotentia imperfecta ſive antecedens, ſive ſubſequens non dirimit matrimonium. Quia talis impotentia non reddit impoſſibilem mutuam traditionem corporum ad uſum humanæ generationis. Unde ſuâ ſponte fluit, ſteriles validè contrahere matrimonium *cap.*27. *cauſ.*32.*q.*7.; *ratio*, quia poſſunt exercere perfectam copulam.

Ex eodem ſponte fluit, ſenes ad matrimonium contrahendum eſſe habiles, quia vix unum reperies ætatis tam decrepitæ, in quo potentia generativa ita marcida ſit, ut non quandoque refloreſcat, ac arte juvari poſſit, ad parandum ſemen generationi prolis per ſe idoneum. Sanè fingas ſenem tam exhauſtum, tam pavidum, tam effœtum, ut judiciò medicorum ad copulæ exercitium juvari nequeat, matrimonium validè contrahere vix eſt ut poſſit, quia cùm ineptus ſit ad perfectam copulam, corpus ſuum tradere non poteſt in ordine ad generationem prolis. *Sanchez.* 7. *diſp.* 92. *n.* 24. Fœmina quantumcunque vetula, matrimonium validè contrahit; quoniam ſemper vim pati poteſt; & exercere copulam perfectam, tametſi fortè generandi,

randi, & concipiendi potentia exoleverit; quia hoc tantum per accidens est, sicuti in sterilibus. *Sanchez. n.* 22.

Decimum tertium impedimentum dirimens est *clandestinitas*, quæ dirimit matrimonium illorum, qui contrahunt, aliter, quam coram parocho, & sine duobus testibus. *Trident. cap.* I. *de reformat. matrim.* Quasi clandestinitas est omissio trium denuntiationum sine causa facta, quæ tamen omissa non irritat matrimonium. *Engl. de clandest. desponf. n.* 3.

75 Decimum quartum & ultimum impedimentum dirimens est *Raptus*, sive violenta abductio fœminæ invitæ. Si quis ergò fœminam invitam è loco, ubi moratur, in alium moraliter diversum matrimonii contrahendi gratia violenter abduxerit, non potest illam ducere, quamdiu loco tuto non fuerit tradita. *Trident. sess.* 24. *cap.* 6.

Tria itaque concurrant, necesse est ut impedimentum hoc consurgat Primò ut raptus fuerit violentus & involuntarius: si consentiat, impedimentum hoc non inducitur, quia Concilium Tridentinum libertati voluit consulere. Secundò ut mulier matrimonii contrahendi gratiâ sit abducta, non libidinis satiandæ causa. Tertiò ut ducatur fœmina eô loco & tempore, quo moratur in potestate raptoris. Extra potestatem raptoris constituta, & in loco tuto collocata, si consentiat, tenet matrimonium. *Sanchez. lib.* 7. *disp.* 13. *n.* 4. & 7. *Konig. lib.* 4 *tit.* 7.*p.*4. Dixi, *quòd secundò requiratur*, ut matrimonii contrahendi, non libidinis satiandæ, vel alterius causæ, aut rei gratia mulier abducatur; Concilium enim Tridentinum voluit duntaxat libertati matrimonii consulere. Unde sequitur, si mulier sit abducta ad satiandam libidinem, vel alterius rei causa matrimonium non irritari, quod postea secutum est, quia mulier non est abducta matrimonii contrahendi causa, adeoque non est violata libertas matrimonii. *Konig. loc. cit. n.* 35.

§. ALIQUANDO 13.

DE LEGITIMATIONE.

Hactenus de prima causa inductiva patriæ potestatis, sequitur de secunda, quam ponit legitimatio, quæ latinis, natalium restitutio, appellari solet. *Schamb. Inst. hic.*

Definitur legitimatio, quòd sit actus, 76 quô liberi naturales efficiuntur legitimi.

Dividitur in legitimationem, quæ fit per subsequens matrimonium, rescriptum principis, & per oblationem curiæ.

Legitimatio, quæ fieri solebat per oblationem curiæ ab usu recessit. Iste modus autem legitimandi tunc locum habebat, si pater filium naturalem, id est, ex concubina extra matrimonium susceptum curiæ, id est, ordini decurionum obtulerit, ut inter decuriones numeraretur, hoc ipso filius efficiebatur legitimus. Hunc modum introduxit Theodosius Imperator, ut multi invitarentur ad curias, quarum conditio dura fuit, & onerosa, ut proinde non facilè reperirentur homines, qui munia illa susciperent; quisque enim ea subire fugiebat. Filiæ ita offerri curiæ non solebant, nec poterant, quia fæminæ muneribus publicis non funguntur; attamen filia naturalis legitima efficiebatur, si nupserit curiali viro. *L.* 3. *eod. de nupt. Perez. Inst. hic.*

Legitimatio per subsequens matrimonium definitur, quod sit actus, quo liberi naturales per subsequens matrimonium, cum eorum matre contractum, redduntur legitimi. Posset videri, huic legitimationi locum ætate nostra non amplius esse,

esse cùm concubinatus sublatus sit, ex quo liberi naturales nascebantur, de jure autem civili non alii legitimari possunt, quàm naturales, & ex concubina nati. Sed dicendum, illos Jure nostro naturales appellari, qui ex Virgine aut Vidua honesta concepti sunt. *Gomez. in legem. taur. 9. n.* 1. Ratio, quia concubinatus prohibitus & reprobatus est, & jus Canonicū se nō fundat super concubinatu, sed super virtute & potentia matrimonii. Hinc de jure Canonico quælibet proles ex soluto & soluta suscepta legitimari potest, *cap. tanta 6.* ⅹ *qui filii sint legitimi. Manz. lib.* 3. *tit.* 10. *n.* 16.

Requisita legitimationis per subsequens matrimonium tria sunt.

Primò requiritur, ut matrimonium sit legitimè initum, hodie coram Parocho & testibus, *Concil. Trident. Seß.* 24. *cap.* 2. *de reformat. matrim.* quià aliàs, quod nullum parit effectum, & non entis nullæ sunt qualitates. *L.*41. *vers. quoniam. si cert. pet.*

Quæres 1. possintne liberi naturales legitimari per subsequens matrimonium, etiam in articulo mortis contractum? ℞. posse. Ita reipsa docent *Harp. hic n.* 18. *Hunn. Var. resolut. lib.* 1. *tract.* 3.*q.* 28. *Zoës. ad Jus Canon. lib.* 4. *tit.* 17. *n.* 14. *Manz. lib.* 3. *tit.* 10. *num.* 20. *Engl. ad Jus Canon. qui filii sint legitimi. num.* 9. *Clariss. D. D. Franz. Inst. de nupt. part.*3. §. 4. *n.* 8. *Gonzalez, in cap.* 1. ⅹ *qui filii sint legitimi. n.* 11.

Probatur hæc sententia solida & efficaci ratione, quia certum est & indubitatum usque ad ultimum vitæ terminum contrahi posse matrimonium, consensus enim, non concubitus nuptias facit. *L.* 30. *ff. de R. J.* & copula non est de matrimonii essentia, sed sufficit generandi potentia, quæ & tunc adest, licèt per extrinsecum morbi impedimentum ejus usus sit suspensus. Jam sic arguo: ut legitimatio liberorum procedat, requiritur, ut inter parentes contrahatur matrimonium, atqui matrimonium à quocunque infirmo, & morti vicino rectè contrahitur, ergò, &c. accedit maximus legitimationis favor, qui in hoc consistit, quòd publicè intersit, civitatem legitimis civibus repleri.

Dices, ut teneat matrimonium, debent partes ad usum matrimonii esse habiles, quia aliàs finis conjugii principalis & præcipuus, scilicet procreatio sobolis, deficeret, sed moriturus ad usum matrimonii non est habilis, ergò non potest inire matrimonium, si hoc? legitimatio non procedit. ℞. Dist. maj. ut teneat matrimonium, debent partes esse habiles, per se & ex natura rei, Conc. maj., tam per se, quàm per accidens neg. maj. & taliter distincta. mi. neg. conseq. Momentum & hora mortis incerta est, sæpè enim desertus à medicis convaluit, & civitatem replevit liberis. Unde moriturus ex natura rei non est inhabilis ad usum matrimonii, sperat enim, dum spirat, fore, ut convalescat; quòd si insperata mors spem ejus fallat, per accidens est. & casui imputandum, qui nullum liberis generare debet præjudicium.

Secundò requiritur ad legitimationem per subsequens matrimonium, ut proles ex iis sit concepta, inter quos matrimonium minimè legibus interdictum fuerat. §. *fin. Inst. hic. Nov.* 89. *cap.*8. §. *Si quis igitur. Zoës. loc. cit. n.* 17. *Manz. d. loc. n.* 26. Ratio, quia illi tantùm per subsequens matrimonium efficiuntur legitimi, qui nati sunt ex tali coitu fornicario, qui poterat conjugalis esse.

Unde ex complexu adulterino, incestuoso, aut alio damnato coitu suscepti per subsequens matrimonium legitimari non possunt: Ratio, quia requiritur

quiritur de forma, ut proles ex talibus personis sit suscepta inter quas non est prohibitum legibus matrimonium *d. §. fin.* & *cap. tanta 6.* ✠ *qui filii sint legitimi.* Ratio rationis, quia legitimatio procedit mediante fictione & retrotractione ipsius matrimonii, adeoque necessarium est, quòd detur habilitas extremorum, puta, extremi à quo, & extremi ad quo *l. arg. l. bonorum ff. rem ratam haberi*, & *L. 1. §. fin. ff. de appellat*: *Schneid. Inst. de patria potest. n. 20. Chligensp. Inst. de nupt. qu. 63. ob. 2. Manz. loc. cit. num. 27.*

81 Quæres 2. *An legitimatio per subsequens matrimonium locum habeat, si tempore conceptionis inter partes non potuit consistere matrimonium; bene verò tempore nativitatis?* ut ecce! Ego uxoratus adulterina lididine contaminavi Bertam; antequàm deinde proles primo vagitu lucem salutâsset, decessit uxor mea, *quæstionis* est, *si Bertam in uxorem ducam, an proles legitimetur.*

Sunt, qui affirmativam utraque manu propugnent, quos inter agmen ducit *Molin. de J. & J. disp. 172. n. 3.* cui se associant *Clariss. D. Doct. Franz. Inst. de nupt. part. 3. §. 3. n. 5. Sanchez. de matrim. l. 8. disp. 7. n. 19. Fachin l. 3. contr. 50. Mantic. de conject. ult. vol. l. 11. tit. 12. n. 5. Fusar. de subst. quæst. 409. Gonzalez. in c. 1.* ✠ *qui filii sint legit. n. 12. Manz. loc. cit. n. 31.*

Moventur I. ex *L. 5. §. 2. ff. de stat. hominum.* ubi in hæc verba rescribitur: *Ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt; sufficit enim liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licèt ancilla conceperit.* Ex hoc textu sic arguunt: ut aliquis ingenuus nascatur, sufficit, matrem fuisse liberam alterutro tempore, vel conceptionis, vel nativitatis, *d. L. 5. §. 2.* ergò etiam, ut proles, extra matrimonium suscepta, legitimari possit, sufficit, alterutro tempore, vel conceptionis, vel nativitatis, inter partes posse consistere matrimonium.

Moventur per II. *l. nuper 11. Cod. de natural. lib.* ubi ita scribitur: *Et hoc facimus favore liberorum, ut editionis tempus statuamus inspectandum, exceptis iis tantummodò casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium utilitas expostulat.* Unde ita insurgunt: illud tempus, quando de liberorum favore agitur, debet inspici, quod liberis est utilius; sed tempus nativitatis liberis est utilius, *ergo* debet inspici tempus nativitatis.

Moventur III. si quis commisceatur cum Turcissa, & ex illa prolem suscipiat, legitimatur proles per matrimonium cū Turcissa (posteaquàm ad veram fidem conversa est) contractum; *ergo* ad legitimationem non requiritur, ut tempore conceptionis inter partes possit subsistere matrimonium.

Moventur IV. licèt tutori, stante tutela, matrimonium cum pupilla contrahere non sit permissum, partus tamen impedimento stante conceptus, per subsequens matrimonium legitimatur; *ergo* ad legitimationem non requiritur, ut tempore conceptionis inter partes possit subsistere matrimonium.

Moventur V. per *l. crimen. 26. ff. de pæn.* ubi dicitur, quòd pœna paterna, & crimen ejus filio non debeat infligi, *ergo*, licèt pater sit adulter, nihilominùs tamen filius poterit legitimari.

Moventur VI. per *cap. ex tenore pen.* ✠ *qui filii sint legitimi*, ubi habens uxorem, duxit, eâ superstite, aliam, & proles exinde nata dicitur esse legitima, *ergo* non requiritur ad legitimationem, ut tempore comceptionis inter partes possit esse matrimonium.

Verùm his argumentis, in contrarium nihil

hil moventibus, placet eorum senten-
ı, quòd in memorato casu legitimatio
:utiquam procedat.

Patrocinantur huic sententiæ non in-
næ notæ AA. *Glettle select. quæst. pag.
t. q.* 7. *Bachov. ad Treult. vol.* I. *disp.
th.* 6. *lit. F. Zoës. ff. de concubin. n.*14.
:im. *ad Treult. loc. cit. q.* 27. *Pirrhing.*
. 4. *Jur. Can. tit. qui filii sint legit.* §. *n.*
.. *Perez. in Cod. de natural. lib. n.* 12.
:riss. *D. P. Konig. qui filii sint legitim. n.*
:. *Schambog. Inst.* §. *fin. de nupt.*

Probatur I. per §. *fin. Inst. hic.* ubi ad
c ut legitimatio procedat, debet pro-
à tali muliere esse procreata, *cujus ma-
monium minimè legibus interdictum fue-
:*; at nostro in casu matrimonium le-
ıus est interdictum, *ergo* non procedit
;itimatio.

II. Per *l.* 5. *Cod. de natural. lib.* ubi
hoc, ut procedat legitimatio, requi-
ır, ut fœmina potuerit esse concubi-
; quia tantum nati ex concubina,
odie ex virgine, vel vidua) per sub-
uens matrimonium legitimari possunt,
in casu posito fœmina non potuit esse
ıcubina, *ergo*.

[II. Legitimatio fit per fictionem re-
:tationis, quo stante, sic insurgo: vel
itimatio retrahitur ad tempus conce-
ɔnis, vel ad tempus nativitatis; Non
:empus conceptionis, quia inspecto
ıpore conceptionis, proles est forma-
r adulterina, quæ objectum legitima-
ıis non constituit, *Nov.* 89. *cap. ult.*
dicitur, quòd nulla fit adulterinis
ıertienda clementia, non ad tempus
ivitatis, quia alias macula, quæ est
conceptione, perfectè non elueretur.

V. Per *cap. tanta* 6. *qui filii sint legit.*
verbis: *si autem vir, vivente uxore
, aliam cognoverit, & ex ea prolem sus-
:rit, licet post mortem uxoris eandem
:erit, nihilominus spurius erit filius.*
Ecce! hic non *distinguitur*, an ante vel
post nativitatem prolis uxor sit mortua.

V. Per *text. L.* II. *ff. de stat. homin.*
ubi proles, ex filia, quæ sine consensu
patris de jure civili invalidè nupsit, con-
cepta, manet illegitima, etiamsi tempo-
re nativitatis, patre jam mortuo, im-
pedimentum matrimonii sit sublatum.

VI. Per solidam, & validam ratio-
nem, quia lex, quæ aliquas proles, v.
g. incestuosas, à beneficio legitimatio-
nis coërcet, respicit culpam ex copula
provenientem, & non nativitatem filii,
utpote in qua non intervenit culpa; *at-
qui* in nostro casu copula est adulterina,
ergo proles erit adulterina, utpote quæ a
qualitate copulæ, & non à conditione,
& eventu parentum, suam trahit deno-
minationem. Jam subsumo: sed proles
adulterina potest legitimari, *d. Nov.* 89.
cap. ult. ergò, &c.

Argumenta contraria nullo labore diluuntur.

AD I. ℞. *conc. ant. neg. conseq.* dispa- 82
ritas est, quia quocunque tempo-
re mater libera est, verum est dicere,
quòd non sit serva, & sic nullum vi-
tium habeat; sed in nostro casu, etiam.
si cesset impedimentum matrimonii, non
tamen cessat vitium adulterii, & sic nun-
quam est verum dicere: Mater non est
adultera; sanè, quàm parùm virgo,
quæ, naturalis stimuli illecebris incita-
ta, in alterius semel vota navigavit,
non amplius talis est, nec fieri potest, tam
parùm adultera talis esse desinere potest,
nisi facta infecta fieri posse dixeris; secùs
est in servitute, quæ tantùm est extrin-
seca & manumissione omninò evane-
scit.

II. Non valdè moror argumentum:
Enimvero ipse fateor, favore liberorum

N 2 con-

conceptionis, vel nativitatis tempus inspiciendum esse; sed cæteris paribus, & supposita capacitate materiæ, quæ hic deficit. Nam, ut locum habeat legitimatio, requiritur, ut proles ex talibus personis sit concepta, inter quas matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, §. *fin. Inst. hic.* Pauló aliter ℞ *Bachovius*, severus *Treutleri* custos, aitque, *d. l* 11. & *l.* 5. *ff. de stat. homin.* loqui de libertate, non de legitimitate; sanè, si quæratur, partus liber sit an servus? illud tempus debet inspici, quo mater libera fuit, sive deinde sit tempus conceptionis, sive nativitatis; & tempore, quo mater libera fuit, inspecto, verum est dicere: mater non est serva, adeòque ut partus nascatur liber, illo momento, quo mater libera fuit, fingitur esse natus: secùs in nostro casu, sive enim tempus conceptionis, sive nativitatis inspectes, utroque tempore mater est adultera, quòd vitium adulterii nunquam eluitur.

Dices: ut partus nascatur liber, sufficit, ut uno tempore mater sit libera, *ergò* etiam, ut proles legitimetur, sufficit, quòd uno tempore inter partes matrimonium possit subsistere. ℞. *neg. conseq.* quia per manumissionem tollitur vitium servitutis: per cessationem verò impedimenti vitium adulterii, & copulæ turpitudo non tollitur.

Ad III. & IV. solutio est in aperto, in utroque enim casu solummodò contrahitur vitium stupri, quod per legitimationem elui potest; secùs vitium adulterii.

V. argumentum nimium probat, *ergò* nihil probat; sequeretur enim etiam susceptos ex incestu, aut alio damnato coitu legitimari posse, quod dictu absurdum foret.

VI. Nihil ad rhombum facit, quoniam non nostræ *Quæstionis* statum decidit, sed alium, puta, an ex matrimonio putativo natus debeat censeri legitimus? & rescribit, quòd *sic*; quæ decisio totò cœlò diversa est à nostra controversia. Sanè, ut candidè fatear quod sentio, mihi videtur per *cit. c. ex tenore pen.* nostram sententiam magis confirmari, quàm infirmari; ideò enim natus ex Mauricia habetur pro legitimo, quia Mauricia ignara fuit, sui conjugis uxorem vivere, atque adeò non formaliter vitium adulterii intervenit, sed duntaxat materialiter; cessat proinde ratio, quam nos in turpitudine copulæ ponimus.

Ex quibus pro & contra deductis, patet ad oculum, nostram sententiam in puncto Juris Sibyllæ foliò veriorem esse; tametsi *affirmativam* in praxi sequendam, autument *Pirrhing.* & *Clariss. D. P. Konig. loc. cit.* sed

Quæres III. *An idem dicendum, si tempore Conceptionis impeditum non fuerit, benè verò tempore Nativitatis?* ℞. *negativè* per cit. *cap. tanta.* ✠ *qui filii sint legitimi?* ubi ille duntaxat casus excipitur, quo copula fuit damnata legibus, quæ non est talis in nostro casu. *Zoës. ad Jus Can. d. t. n.* 19. & omnes suprà allegati.

Quæres IV. *An susceptus ex copula incestuosa, ignoranter tamen habita, per subsequens matrimonium, cum dispensatione contractum, legitimetur?*

Tametsi *negativa* in rigore juris magnam habeat probabilitatem, prout demonstrant *Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 24. *Zoës. ad Jus Canon. qui filii sint legitimi? n.* 20.

Affirmativam tamen, *praxi* receptam esse, testis *P. Engl. loc. cit. n.* 12.

Ratio, quia talis filius non est natus ex formali incestu; sicut ergò ipsi parentes, tanquam incestuosi, propter ignoran-

rantiâ impedimenti pœnâ incestûs ordinariâ non afficiuntur, ita quoque filius natus pro incestuoso habendus non est.

Non obstat, quòd danti operam rei illicitæ imputentur, etiam, quæ præter ipsius intentionem sequuntur. *c. tua* 19. ✠ *de homicid.* & *c. ult. eod. n.* 6. quia *dd. cc.* vel de rigore Juris procedunt, vel intelligenda sunt tantum circa homicidium, in ordine ad irregularitatem incurrendam.

3 III. Ad legitimationem per subsequens matrimonium requiruntur instrumenta dotalia, *arg.* §. *fin.hic l.* 5. 6. 10. & 11. *Cod. de nat.lib. junctâ Nov.* 12. *c.* 4. *Nov.* 18. *cap. fin.* quibus, & aliis pluribus locis fit mentio instrumentorum dotalium per ablativos absolutè positos, quin in conditionem resolvuntur.

Quod procedit de jure *Civili*, secus de Jure *Canonico*, quod ad legitimationem instrumenta dotalia nullatenus exigit, sed solas nuptias, quas consensus facit, *l.* 30. *ff. de R. J.* Imò nec de jure Civili hodie requiri instrumenta dotalia, testis est *Wesenb. concil.* 44. *n.* 44.

4 Quæres V. *An ad legitimationem per subsequens matrimonium consensus liberorum legitimandorum requiratur?* ℟. requiri. Ita *Fach.* 3. *c.* 54. *Harp.* §. *fin.Inst, h.t.n.* 6. *Glettle. select. quæst. part.* 1. *q.*8. *Hunn. var. resolut. l.* 1. *q.* 30. *Bachov. ad Treult. vol.* 1. *disp.* 2. *th.* 6. *lit.* 6. *C. Ludwel. Inst. hic.*

Facit pro sententia I. vulgatum illud Juris Brocardicon, quòd invito non detur beneficium *l.* 69. *ff. de R. J.* & prætereà id, quod in favorem alicujus introductum est, repudiari possit *l. pen. Cod. de pact.*

Facit II. *l. fin. ff. de his, qui sui vel alieni Juris sunt.* [*Inviti filii, naturales, vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem.*

Facit III. *Nov.* 89. *cap.* 11. his verbis: *sub potestatem invitum filium redigere justum non est.*

Dices: *dd. ll.* fortiri locum de Jure Civili, non etiam de Jure Canonico, ut proinde de posteriori hoc Jure consensus liberorum in legitimationem requiri non videatur. ℟. præter hoc; quòd Jus Canonicū hoc in passu à constitutione Juris Civilis expressè nullibi recesserit, consequenter Juri Civili, tanquam claro, standum sit, præter hoc (inquam) Jus Canonicum hac in parte non potuit derogare Juri Civili, quoniam legitimatio in ordine ad successionem, patriam potestatem & alios effectus, Jure Civili introductos, & suprà *tit. de patria potestate* enumeratos, est negotium profanum & politicum, adeòque non obnoxium censuræ & reformationi Pontificiæ.

Objic. I. *c.* 6. ✠ *qui filii sint legit.* ubi tota vis legitimandi tribuitur matrimonio; *ergò* liberi suo dissensu non poterunt vim legitimandi infringere. ℟. *disting. ant.* tota vis legitimandi tribuitur matrimonio, eò modò, quo leges volunt, contracto, *conc. ant.* quomodocunque contracto. *neg. ant.* & *conseq.* Matrimonium ex se & ex natura sua non producit legitimationem, sed quatenùs vis legitimandi à Jure Civili eidem indita, & tributa est, Jus verò Civile vim legitimandi matrimonio non aliter tribuit, quàm sub ista conditione: *si liberi legitimandi consentiant. d. l. fin.* & *Nov.* 89. *cap.* 11. Ergò legitimatio sine consensu liberorum non procedit.

Objic. II. Jus Civile non potest impedire effectum matrimonii, utpote quod est res spiritualis, & consequenter obnoxia constitutioni Juris Canonici, *ergo*, &c. ℟. iterum *dist. ant.* Jus Civile non potest impedire effectum matrimonii, qua-

quatenus imbibit rationem Sacramenti *conc.ant.* quatenus sapit contractum civilem. *neg. aut.* & *conseq.*

Matrimonium non ideo operatur effectum legitimationis, quia est Sacramentum, sed quatenus sapit Contractum Civilem & Politicum; quare, cum de Jure Civili ad Legitimationem requiratur liberorum consensus, dispositionem hanc Jus Canonicum tollere non potuit.

Objicit. III. publicè interest legitimari liberos naturales, *ergo* favori publico liberi suo dissensu præjudicare non possunt. ℞. Secundariò tantùm reipublicæ interesse, liberos naturales legitimari, non primariò. *Harp. Bachov. loc. cit.*

Effectus Legitimationis per subsequens matrimonium est, quòd ejus adminiculo liberi naturales efficiantur legitimi, ac eodem Jure censeantur, quò liberi ex justo thoro nati, *l.* 10. *Cod. de nat. lib. Nov.* 89. *c.* 8. Hinc pariter cum naturalibus & legitimis succedunt non tantùm ab intestato, *d. l.* 10. & *Nov.* 39. *c.* 8. sed etiam ex testamento, ita ut præteriti rumpant testamentum *l.* 8. *ff. de injust. rupt.* & *irrit.* & injustè exhæredati querelam inofficiosi habeant, §. 2. *Inst. de inoff. testam.*

Præterea efficiuntur idonei ad obtinenda officia, honores, dignitates, tam Civiles, quam Canonicas, exceptâ solâ dignitate Cardinalitiâ, ad quam taliter legitimati aspirare specialiter prohibentur, juxta *Bullam Sixti V.* quæ incipit: *Postquam.* de anno 1590. *Clariss. D. P. Konig. ad Jus Canon. qui filii sint legitim. Zoës. ibid. n.* 24. *Manz. loc. cit. n.* 4.

Quæres VI. *An legitimati per subsequens matrimonium etiam in feudo succedant?*

Negativam propugnat *Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *th.* 6. *lit. F. Hunn. var. resolut. lib.* 3. *tract.* 1. *q.* 11. *Glestle Assert. Jurid.* 72.

Moventur præcipuè ex textu *lib.* 2. *feud. tit.* 26. §. *naturales.* ubi in hæc verba rescribitur: *naturales filii, licèt postea fiant legitimi ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis, admittuntur.*

Affirmativæ subscribunt *Pirrhing. l.* 85 4. *Jur. Canon. tit. Qui filii sint legit.* §. 5. *n.* 35. *Zoës. ff. de concubinis. n.* 7. *Rosenthal de feud. cent. c.* 7. *conclus.* 18. *n.* 1. & 2. *Harp. princ. inst. de hæred. quæ ab intestato def. n.* 315. *Mynsing. cent.* 8. *obs.* 42. *Gail.* 2. *observ.* 141. ubi ait: praxi, & generali consuetudine, quæ est optima legum interpres, hanc sententiam receptam, nec non judicando roboratam esse.

Probatur hac solâ, sed solida ratione, quotiescunque, casus aliquis de Jure feudali expressè non est decisus, toties decidendus est ex Jure communi 2. *Feud.* 1. *in fine*; atqui de Jure feudali casus controversiæ nostræ expressè non est decisus, ergò decidendus est ex Jure communi; sed Jus commune, tam canonicum, quàm civile, liberos per subsequens matrimonium legitimatos, perindè ac legitimè natos, ad successionem vocat, *d. c. tanta* 6. & *ult. Inst. hic. juncta Nov.* 89. *c.* 8. & *Nov.* 12. *c. ult.* ergò etiam ad successionem feudi admittit.

Ad text. 2. *feud.* 26. *vers. naturales*, facilis est solutio, procedit enim de legitimatione per rescriptum principis.

Dices: Textus citatus loquitur de casu, quo cum legitimatis concurrunt adhuc alii liberi, in verbis: *nec soli, nec cum aliis*, sed existentibus aliis liberis, puta, naturalibus & legitimis, Princeps non solet legitimare. *Nov.* 74. *c.* 1. & 2. *Nov.* 89. *c.* 9. ergo *textus* 2. *feud.* 26. §. *naturales*, de legitimatione per rescriptum

ptum Principis non potest intelligi

℟. *Conc. maj. dist. min.* Princeps non solet legitimare semper *conc. min.*, nunquam *neg. min. & conseq.* Tametsi Princeps regulariter, existente legitima prole legitimare non soleat; fallit tamen regula quandoque, puta, si justa ratione moveatur. Deinde fac! quòd Princeps legitimaverit filium naturalem, & post hanc legitimationem patri naturales, & legitimi supernascantur, nunquid fortè iste casus *cit. text. feud. 26.* decisus est? Schambog. *pag.* 522. ℣. *quæres.* Aliter resolvit *Clariss.* D. D. *Franz quæst. select.* ex *Jure Canon. publ. &c q. ult.* ubi more suo solidè hanc controversiam discutit.

Quæres VII. *An legitimatio tribuat Jus primogenituræ? Casus controversialis est.* Princeps quidam ex concubina suscepit *Titium*, ex uxore deinde *Sempronium*, quinam erit primogenitus, si Princeps, uxore mortua ducat concubinam?

Sunt, qui Titio patrocinentur. Ita Iunn. *var. resolut. lib.* 3. *tract.* 1. *q.* 27.

Moventur I. Quia legitimatio per subsequens matrimonium omnem maculam natalium tollit, ac in eum statum reducuntur liberi naturales, in quo forent, si ex justo thoro nati essent. *l.* 10. *Cod. de nat. liber.* Sed, si Titius esset natus ex legitimo thoro, gauderet jure primogenituræ; ergò etiam gaudebit, si legitimatus est.

II. Matrimonium, contractum cum concubina, retrotrahitur ad tempus, quo habuit accessum ad concubinam; ergò tunc jam legitimus censetur, si hoc, it primogenitus.

III. Quia fictio tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. *l. Lege Cornelia ff. de testam. & qui nam. fac. poss. l.* 1. *ff. de adopt.* Sed jura fingunt, legitimatum per subsequens matrimonium jam tempore conceptionis fuisse legitimum; ergò idem est, ac si fuisset verè legitimus: sed verè legitimus præfertur nato ex intermedio matrimonio, *ergo* etiam legitimatus præferendus erit.

Verùm, his non attentis, standum est pro *Sempronio*, ex intermedio patrimonio progenito, ut iste Jure primogenituræ gaudeat. Huic, tamquam veriori sententiæ suffragantur Gomez *ad legem Tauri* 9. *n.* 36. Bachov. *ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 2. *th.* 7. *lit. b. Schamb. §. fin. Inst. d. nupt.* ℣. *effect.* Glettle *p.* 1. *quæst.* 1. *Gonzalez. in c.* 1. ✠ *qui filii sint legit. n.* 9.

Facit I. Pro hac posteriori sententia hæc solida ratio, quia naturalis & legitimus ex intermedio matrimonio procreatus, habet jus quæsitum, quod sine facto suo ipsi non est auferendum. *L.* 11. *de R. J.*

I. Quia legitimatus per subsequens Matrimonium, licet ex tempore contracti matrimonii legitimus sit, in conceptione tamen & nativitate usque ad contractum matrimonii non est verè legitimus, sed habetur pro legitimo per fictionem. *Mantica lib.* 11. *tit.* 12. *n.* 19. quæ fictio non inducitur in præjudicium tertii, fictio enim nititur benignitate & æquitate, quæ est fundamentum omnium fictionum *l.* 19. *ff. de capt.* sed æquitas locum non habet ubi datur præjudicium tertii *l.* 2. §. *Item ff. de aqua pluvia l.* 19. *ff. ex quib. caus. maj.*; ergò in hoc casu non procedit fictio, utpotè redundans in præjudicium tertii, qui legitimè natus est.

III. Quia legitimatio per rescriptum 87 Principis non tribuit jus primogenituræ, ut fatentur ipsi adversarii; ergò neque legitimatio per subsequens matrimonium. Consequentia probatur. Ideò legitimatio per rescriptum Principis non tribuit.

tribuit jus primogenituræ, quia Princeps non censetur velle præjudiciare filiis jam ante natis, quibus jus primogenituræ quæsitum est; at hæc ipsa ratio locum etiam habet in legitimatione per subsequens matrimonium, quia nuptiæ non habent vim legitimandi, nisi quatenus substant privilegio Principis, ergò &c.

Dices: Legitimatio per subsequens matrimonium utique majori digna est favore, quàm legitimatio per rescriptum Principis; *ergò* argumentum non procedit. ℟. Me ultrò id largiri; sed nolim, obliviscaris, *favores non eousque extendendos esse*, ut *in præjudicium aliorum redundent*, aut alios jure quæsito privent.

Urges: Non obstante, quod liberis naturalibus & legitimis per legitimationem per subsequens matrimonium inferatur præjudicium, & portio vel legitimæ vel successionis ab intestato minuatur, illud tamen non attenditur; *ergo* etiam non obstante, quòd filio ex intermedio matrimonio procreato inferatur præjudicium, illud tamen non attenditur. ℟. *conc. ant. neg. conseq.* Ratio disparitatis à Glettle *loc. cit.* assignatur hæc: quòd spes successionis & legitimæ nunquam sit certa & determinata, sed determinatio illius hinc tacitam conditionem imbibat: *portio successionis tanta vel tanta erit*, *nisi alii vel plures liberi supervenerint*. Aliud est in primogenitura, quæ posita semel prioritate legitimorum natalium, absolutè statim competit, nec pendet ampliùs ex futuro quodam eventu. Aliam differentiæ rationem reddit *Gonzalez loc. cit. num. 9.* quia inquit, in casu priori agitur de bonis divisibilibus, quæ pater habet, tanquam immediatus possessor, & de iis pro libitu disponere, filiisque vel omnia, vel legitimam duntaxat relinquere potest. Secùs se habet in casu posteriori; pater enim bona majoratûs, & fidei commisso obnoxia non potest neque in vita, neque in morte distrahere aut dividere, *l.* 114. §. *Divi ff. de. legat.* 1. Sed filius primogenitus in iis statim consequitur jus irrevocabile, quod ipsi per secundum patris matrimonium auferri non potest.

Facit IV. Pro nostra sententia æquitas & ratio naturalis; quia mulier nobilis graviter deciperetur, si filius ejus legitimus jure primogenituræ non gauderet, cùm fortè non contraxisset, si filium suum legitimum in majoratu non successurum scivisset.

Argumenta contraria tam parùm probant, ut nihil probare videantur.

I. Enim quod attinet, verum quidem est, liberos naturales per legitimationem in eum statum reduci, in quo forent, si ex justo thoro nati essent, quatenùs illa reductio non vergit in præjudicium alterius, *conc.* secùs *neg.*

Accedit, quòd argumentò nimirùm probetur, nempe jus primogenituræ competere etiam legitimato per rescriptum Principis, cùm hæc lgitimatio etiam omnem maculam tollat, & Imperator *In Nov.* 89. *in cap.* 9. de taliter legitimato pronuntiet, quòd nihil differat à filio legitimo, & tamen non gaudet jure primogenituræ.

Ad II. Eadem datur solutio, nimirum, quòd ista retractio locum non habeat, si alteri fiat præjudicium & auferatur jus quæsitum. Unde &

III. Ruit; fictiones enim locum non sortiuntur, ubi datur præjudicium tertii, prout suprà satis superque demonstravimus.

IV. Modus legitimandi est per rescriptum Principis, quæ legitimatio *definitur* quòd sit *actus*, quò Princeps supplici libello rogatus liberos naturales jubet esse legitimos *Clariss. D. Doct. Franz. Inst. h. t.* *pag.*

ag. 4. §. 1. n. 1.

Taliter legitimandi poteſtas competit oli ſummo Principi, qualis eſt Papa, t Romanorum Imperator; jus enim leitimandi ſpectat ad Regalia Principis & uidem majora, adeoque nemini competit, niſi ex privilegio & commiſſione. *Iermes ad jus publ. cap.* 11. *num.* 125. *fanz. Inſt. lib.* 3. *tit.*10.§.35. Unde,taıetſi Electores, Principes, & cæteri ſtais Imperii hac poteſtate legitimandi uıntur,tamen eam ut & Comites Palatini, ſurpant non jure proprio, ſed ex con-ſſione *Cap. ſuper.* §. *præterea* ✕ *de V.* . quidquid de contraria praxi alleget. *imnæ. de jure publ. l.* 2. *cap.* 9. *n.*124.

Porro legitimari per reſcriptum Prinipis poſſunt non tantum *naturales*, *ſed iam ſpurii*, *adulterini*, *inceſtuoſi*, &c. ræcipue, ſi Princeps plenitudine poteſtis utatur; ratio vix alia dari poteſt, uam quod hoc exigat ſumma Majeſtas poteſtas Imperialis, de qua diſputare crilegum eſt. *l.* 3. *Cod. de crimine ſailleg.* Deinde adulterium & inceſtus ntum ſunt impedimentum legitimatiois de jure poſitivo, proinde Princeps lud tollere poteſt. *Clariſſ. D. P. König. l Jus. Can. qui filii ſint legit. n.* 35. *lanz. loc. cit.* 52. *Schamb. hic.*

Ut hæc legitimatio procedat, requitur I. *Conſenſus liberorum*, *Nov.* 89. *ip.* 11. invito enim non datur beneium. *L.* 69. *ff. de R. J.* II. ut *parens ullos alios liberos habeat d. Nov.* 89. *cap.* 9. Princeps enim in dubio non cenſetur velle præjudicare liberis legitime natis. Plane ſi princeps velit uti plenitudine poteſtatis, etiam juſtis liberis exiſtentibus, naturales quoad jura ſucceſſionis legitimare poterit, noviſſimi enim Juris eſt, Principem poſſe ex juſta cauſa alteri Jus quæſitum tollere. *Mynſing. cent.* 1. *obſ.* 15. *Zoëſ. ff. de concub. num.* 19. *Clariſſ. DD. Franz. loc. cit. n.* 12.

III. Requiritur, ut *liberi legitimari nequeant per ſubſequens matrimonium*, forte quia concubina deceſſit aut talis eſt fœmina, quæ cum honore duci non poſſit, *Nov.* 89. *cap.* 9. & *Nov.* 74. *cap.* 2. habito enim remedio ordinario, ſcilicet legitimatione per ſubſequens matrimonium, non eſt excurrendum ad extraordinarium. *Manz. num.* 69.

Effectus legitimationis hujus eſt, quod 90
naturales liberi reddantur legitimi. 2. Habilitentur ad officia & dignitates Eccleſiaſticas, ſi a Pontifice, ſæculares, ſi ab Imperatore legitimati ſint, niſi ſpeciali ſtatuto, vel conſuetudine inductum ſit, ut quis legitime natus ſit, prout conſuetudine obtinet, quod taliter legitimatus Doctoris titulo inſigniri nequeat, *Mynſ.* 4. *obſ.* 31. *Blum. Proceſſ. Camer. tit.* 7. *num.* 31. 3. Succedant ab inteſtato niſi juſti liberi exiſtant, *Nov.* 89. *cap.* 6. in feudis vero tam parum admittuntur, quam ad jus primogenituræ. *Covar. var. reſolut. lib.* 3. *cap.* 7. *Clariſſ. P. König. loc. c. n.* 42.

TITULUS XI.

DE ADOPTIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Quid sit adoptio?*
2 *Liberi quotuplices sint?*
3 *Natus mense undecimo an Legitimus reputetur?*
4 *Differentia adoptionis, & arrogationis.*
5 *Adoptatus ab extraneo non transit in potestatem adoptantis.*
6 *Secus adoptatus ab ascendente.*
7 *Impubes an arrogari possit.*
8 *Enumerantur requisita arrogationis.*
9 *Quarta Piana est quarta omnium bonorum.*
10 *Quinam possint adoptare?*
11 *Adoptare non potest, nisi qui 60. annos habet.*
12 *Adoptatus a nobili non fit nobilis.*
13 *Resolvuntur argumenta contraria.*
14 *Unio prolium quid sit?*

CONNEXIO.

Supra in titulo de patria potestate dictum est, tres esse causas inductivas patriæ potestatis, *justas* videlicet *nuptias*, *legitimationem*, & *adoptionem*. Priores duas hactenus absolvimus, recto proinde ordine tertia, id est adoptio subjicitur; non enim solum naturales liberi, secundum ea quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus.

Adoptio autem *definitur*, *quod fit actus, quo is, qui filius non est, in filium assumitur*. Adinventa est adoptio in solatium eorum qui liberos non habent; forte quia sterile est eorum conjugium, vel quia liberos suos amiserunt, vel quia habent, sed degeneres, improbos, debiles, vel valetudinarios, ut liceret tale infortunium aliorum adoptione emendare. *Manz. n.* 4. Priusquam ulterius progrediamur, lubet sub limine inquirere, quot sint species liberorum. Itaque

I. Sunt filii *naturales & legitimi* simul, qui secundum naturam ex conjunctione maris & fœminæ a lege expresse approbata, legitimo scilicet matrimonio procreati sunt; sive brevius, qui nati sunt ex legitimo thoro. 2

Natus autem ex legitimo thoro censetur, qui natus est mense septimo post contractas nuptias *l. septimo mense* 12. *ff. de stat. homin.* Item qui natus est ex vidua mense decimo post mortem mariti. *l. Gallus* 29. *ff. de lib. & posth.* Sed quid de illo, qui natus est mense undecimo, an legitimus reputetur? Dixeris illegitimum reputare debere per *Nov.* 39. *cap.* 2. ubi *Imperator* partum undecimo mense perfecto editum, vocat impium, & ait impossibile esse, ut conceptio ex marito defuncto in tantum tempus extendatur. 3

Verum cum *Imperator* de mense undecimo perfecto, id est completo loquatur, permittendum est, natum sub initium mensis undecimi, legitimum esse, præcipue si aliunde mater bonæ famæ ac integræ fuerit existimationis. *Engl. Qui filii sint legitimi n.* 7.

Circa liberos naturales & legitimos simul obtinet regula, quod *sequantur* con-

conditionem patris. l. 19. ff. de stat. homin. Glettle Inst. pag. 76.

II. Sunt filii sive liberi naturales, *tantum*, qui ex concubinatu geniti sunt. §. *fin. Inst. de nupt.* Hodie *naturales* vocantur, qui ex soluto & soluta, Virgine, vidua & masculo soluta nati sunt. *Schm. hic. n.* 4.

III. Sunt legitimi *tantum* seu *adoptivi*, qui non secundum naturam a parentibus adoptivis procreati sunt, & authoritate Juris Civilis filii efficiuntur; & de his loquitur noster *titulus*.

IV. Sunt *spurii* seu *vulgo quæsiti*, nati scilicet ex publica meretrice, qui patrem demonstrare non possunt; circa quos canit Poëta.

Non habet ille patrem, cui populus Pater est.

Sunt liberi nati ex damnato coitu, quales sunt *incestuosi*, nati scilicet ex collateralibus in gradu prohibito: *Sacrilegi*, nati scilicet ex patre vel matre, voto solemni obstrictis: *Adulterini*, nati scilicet ex adulterio: *Nefarii*, nati scilicet ex ascendentibus & descendentibus. *Schm. n.* 7. *hic.*

Circa liberos illegitime natos obtinet regula quod *sequantur conditionem matris l.* 19. & 24. *ff. de stat. hom.*

§. ADOPTIO. I.

Q. In isto §. *quotuplex sit adoptio*: ad quod R. quod sit *duplex*, scilicet:

Adoptio in specie & *arrogatio*. Adoptio in specie est actus, quo is, qui alieni juris & in potestate parentis est, v.g. *filius fam.* qui scilicet adhuc habet patrem naturalem in cujus potestate est, in filium assumitur.

Differunt, quod adoptio in specie coram Magistratu tantum fieri possit; contra vero arrogatio fieri debeat coram Principe. Deinde in arrogatione requiritur expressus arrogandi consensus. *l.* 5. *ff. de adopt.* ut proinde infans arrogari non possit. In adoptione vero sufficit tacitus consensus, id est, quod non contradicat; ut proinde etiam infans adoptari possit. *de l.* 5.; ratio differentiæ est, quia in adoptione pater adest, qui adoptando præsumitur optime prospecturus. *Schamb. hic.* & *Manz. n.* 10.

§. SED HODIE. 2.

Pro pleniori hujus §. intellectu sciendum est, olim de Jure videlicet antiquo, non tantum arrogatum sed & adoptatum transiisse in potestatem adoptantis *l.* 7. *l.* 23. *ff. h. t.* nulla facta differentia, an quis ab extraneo, an ab ascendente fuerit adoptatus.

Verum hoc a Justiniano Imperatore *in l. penult. Cod. de adopt.* immutatum est, ubi hanc distinctionem adhibet, *utrum* videlicet aliquis esset adoptatus ab extraneo, *an* vero ab uno ex ascendentibus, v. g. *avo, proavo.* &c.

Si filius fam. extraneo in adoptionem datur, tunc manet in potestate patris naturalis, neque transit in potestatem adoptantis, adeoque quoad patrem naturalem perinde habetur, atque si non fuisset adoptatus. *text. in* §. *sed ea* 14. *Inst. de hæred. quæ ab intest.* Ratio 1. quia robustiora sunt jura patris naturalis, quam ut civili ratione infringi possint. Ratio 2. quia alias, si adoptatus post mortem patris naturalis emanciparetur, utraque hæreditate privaretur; & quidem patris naturalis, quia existit in aliena familia, & non est amplius hæres suus; adoptivi, quia emancipatus est. *de l. pœn. Cod. h. t. Zoës. ff. h. t. n.* 3. 5

Dices: *ergo* talis adoptio nullum plane producit effectum. R. Verum quidem esse, quod id genus adoptionis nullum talem habeat effectum, qualem patria

tria poteſtas producit. Itaque ſi filius adoptatus aliquid acquirit, non patri adoptivo, ſed naturali acquirit. Deinde pater adoptivus ipſum hæredem inſtituere non tenetur, ſed ſi vult, poteſt eum omnino præterire. Si autem aliquid ei reliquerit, mera liberalitas eſt, *text. in l.* 10. *§. ſed ne Cod. de adopt.* Contra vero pater naturalis tenetur ipſum hæredem inſtituere, qui manet ſuus hæres. *Manz. n.* 10.

Dixi: quod *adoptio nullum talem habeat effectum, qualem patria poteſtas producit*; habet tamen alium effectum, nimirum quod adoptatus filius ipſius dicatur, & adoptans venerabile nomen patris ſortiatur. Item, quod ſi pater adoptivus ab inteſtato, hoc eſt, nullo facto teſtamento deceſſerit, ad ejus ſucceſſionem legitimam admittatur. *Manz. n.* 11.

Dices: Videtur adoptatus adhuc hodie tranſire in poteſtatem adoptantis *per §.* 14. *Inſt. de hæred. quæ ab Inſt.* Ubi dicitur tali adoptato integra jura ſervari, atque ſi in patris naturalis poteſtate *permanſiſſet; ergo* non permanſit, quia alias Juris Conſultus non deberet in præterito pluſquam perfecto loqui. R. *Imperatorem* iſtis verbis ideo uti, quia patres adoptivi tales adoptatos plerumque in domum ſuam recipere, alere, & educare ſolent, & ſic quoad apparentiam videntur non permanere in patris naturalis poteſtate, ſed quodammodo tranſire in poteſtatem patris adoptivi. Accedit, cum ex §. noſtro luculenter appareat adoptatum ab extraneo in ejus poteſtatem non tranſire, quod *Imperatoris* verba ob iſtud *pluſquam perfectum* non ſint captanda; ſed potius mens & voluntas ejus ſpectanda. *Schamb. hic Zoëſ. ff. de V. S. n.* 1.

AD V. SI VERO.

6 Sequitur nunc II. membrum noſtræ diſtinctionis, & quæritur, ſi pater naturalis filium ſuum non extraneo, ſed alicui ex aſcendentibus, v. g. *avo vel proavo*, materno, vel ſi ipſe pater naturalis eſt emancipatus (aliunde ejus filius in poteſtate avi eſt, qui enim in poteſtate eſt, alium in poteſtate habere nequit; conſequenter adoptione opus non erit. *Manz. n.* 16.) etiam avo vel proavo paterno dederit in adoptionem, quid tunc juris?

R. *Imperator*, quod tranſeat non modo in familiam, ſed etiam in poteſtatem adoptantis. Ratio eſt in textu, quia in hoc caſu concurrunt in unam perſonam, & naturalia & adoptionis jura, adeoque duo vincula, naturale ſcilicet ſanguinis & civile adoptionis, duo autem vincula fortius ligant uno *Manz. n.* 15. *hic. Schneid. hic. n.* 2.

§. CUM AUTEM IMPUBES. 3.

Q. in hoc §. *An infantes, aut impubes adoptari atque arrogari poſſint?* 7

De adoptione expediti Juris eſt, quod etiam infantes in adoptionem dari poſſint. *l. etiam* 42. *ff. de adopt.* ratio, quia in adoptionibus non requiritur expreſſus conſenſus filii, & ſufficit, eum voluntati patris non contradicere. *l.* 5. *ff. h. t.* nam pater optimum de ſuo filio conſilium videtur cepiſſe. *l.* 3. *§.* 1. *q. de adminiſt. & peri. tut. Manz. hic n.* 2.

De arrogatione majus eſt dubium, & Q. *an impubes arrogari poſſit?*

De Jure antiquo impubes non poterat arrogari. *Harp. num.* 2. *hic.* Ratio quia in arrogatione, (ut dictum ſupra) requiritur conſenſus ex parte arrogandi. *d. l.* 5. *ff. h. t.* ſed impubes cum infirmum ſit ejus conſilium & nullum animi judicium habeat. *§.* 1. *Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Conſentire non pote-

poterat, neque per se, quia pupillus in ea ætate nec velle nec nolle habet *arg. pupillus* 189. *ff. de R. J.* Neque per tutorem, quia tutorum non est ea potestas, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni sive potestati subjiciant. *Harp. hic n.* 2. *Manz. n.* 3.

Dixi, hoc de Jure antiquo obtinuisse, nam ex constitutione Divi Antonini Pii Imperatoris permissum fuit ut etiam impubes arrogari possit. *Harp. n.* 2. *hic* observata tamen certa forma & certis conditionibus. Itaque

Ad arrogationem impuberis, requiritur causæ cognitio, an honesta sit, & expediat pupillo; & quidem quoad honestatem considerandum est, cujus conditionis, qualitatis, & vitæ ille sit, qui velit impuberem arrogare, nam si sit homo infamis vel scenicus, & velit, arrogare honestæ familiæ Pupillum, hoc ei non est permittendum. Præterea inquirendum, an arrogatio non fiat propter turpem amorem, an vero ex honesta paterna affectione. Item an non fiat ex avaritia, ita ut insidiose bona pupilli appetere videatur, non enim cupiditatibus, sed justis affectionibus indulgendum est. *l.* 16. *ff. de manumiss. Manz. hic n.* 10.

Quoad utilitatem considerandum, quæ sint pupilli facultates, & quæ ejus, qui arrogat; *utrum videl.* non magis expediat, quod non arrogetur. *Manz. n.* 11.

II. Ad arrogationem impuberis requiritur, ut hi, qui pupillo sanguine juncti sunt, arrogationem ei expedire affirment. *l.* 2. *Cod. de adopt.* Hi enim non tam facile propter spem successionis consentire præsumuntur, nisi pupillo valde expediat. *Schamb. hic.* Ratio autem quare potius propinquorum consilium & consensus, quam tutorum, horum enim consensus etiam requiritur, *Schamb. hic. in l. fin. Cod. de auth. præst.* requiratur, esse videtur ista: quia potuisset tutor onus tutelæ subterfugere, & adminiculo arrogationis se a tutela liberare, ac proinde facile consentire *arg. L.* 17. *§.* 1. *ff. h. t. Manz. n.* 5.

III. Requiritur ad arrogationem impuberis, ut fiat Principis Authoritate, vel per *ipsum Imperatorem examinantem & cognoscentem causas* NB. quod raro fit: vel facultate arrogandi impetrata ab Imperatore per rescriptum, quo committitur talis cognitio & examinatio alteri judici ordinario, vel cuicunque. Quare autem arrogatio fieri debeat coram Imperatore, & sic cum majori solemnitate quam adoptio, quæ coram quolibet Magistratu fieri potest, *ratio* hæc assignatur: quia in arrogatione versatur majus præjudicium; cum arrogatus, qui est sui juris, transeat in potestatem arrogantis, cum omnibus suis bonis, quod non est adoptivo; unde cum majus sit periculum, ideo cautius est procedendum. *Schneid. num.* 3. *hic.*

IV. Requiritur, ut arrogans cautionem præstet, se omnia bona, si arrogatus in impubertate decesserit, restiturum illis, ad quos ea perventura fuissent, si arrogatio facta non fuisset, sed arrogatus in suo statu mansisset, *text hic. L. non aliter* 18. *ff. h. t.*

Q 1. *Quare hæc cautio refertur duntaxat ad tempus, quo intra pubertatem decesserit?* R. Rationem esse, ne videatur arrogans facto suo propinquos successione illa privare: quod si quis pubertatem excesserit, potest is faciendo testamentum aliis bona relinquere, & suos propinquos successione privare. *Schamb. hic quæst.* 2. Aliam rationem reddit *Manz. n.* 18. Quia si impubes arrogatus pubes

fiat, & advertat, sibi non expedire in arrogatione manere, emancipationem petere potest, quæ causa cognita tribui debet, *L. nonnunquam* 32. *ff. h.t.* Jam si emancipationem non petat, ipse suo facto propinquos successione privat.

Porro in *textu dicitur*, quod cautio debeat fieri *personæ publicæ*, sive ut *Marcellus in L.* 18. *ff. h. t.* loquitur, servo publico; quis autem talis olim fuerit, vide *Manz. hic n.* 19. & *seqq.* Hodie ista cautio Notario publico præstanda. *Manz. n.* 21. & *Harp. n.* 6.

AD V. ITEM NON ALITER.

Q. *An arrogator possit impuberem arrogatum emancipare?* R. posse ipsum emancipare, modo, causa cognita, emancipatione dignus visus fuerit, *text. hic.* Et si causa justa sit emancipandi, potest eum emancipare, sed tenetur ei omnia bona ad se translata reddere *text. hic.* Justa autem causa est v. g. si *arrogatoris vitæ insidiaretur. Manz. n.* 29.

Quod si autem arrogator eum sine justa causa emancipaverit, vel etiam exhæredaverit: tunc præter bona, quæ arrogatus ad patrem arrogantem transtulit, & præter commoda & fructus, quæ Patri ex illis bonis advenerunt, tenetur ipsi quartam partem suorum propriorum bonorum relinquere, *text. hic* & *in L. ult. ff. si quid in fraud. Credit. Manz. n.* 31. & 32.

Notandum autem hic est, quod vigore textus *relinquere* teneatur: ex quo sequitur, quod ista quarta nonnisi defuncto arrogatore peti possit, quia relinquere pertinet ad ultimas voluntates. *l.* 1. *ff. de tabul. exhib.* Deinde ista quarta debetur ad modum legitimæ, quæ à vivente non debetur *l.* 1. §. 21. *ff. de collat.* Denique *in l. fin. ff. Si quid in fraud. Cred.* expresse statuitur, injuste emancipato deberi quartam ex bonis, quæ mortis tempore adoptantis fuerunt. Luce ergo meridiana clarius est, quartam impuberi arrogato & injuste emancipato non deberi, nisi defuncto arrogatore. *Schamb. hic. q.* 3. *Manz. n.* 34.

Q. 11. *An quarta illa sit omnium bonorum, an portionis ab intestato debitæ?*

CASUS QUÆSTIONIS EST TALIS.

Titius habens tres filios, & in bonis duodecim millia, arrogat Cajum impuberem, & hunc sine justa causa exhæredat.

Quæstio est, *an Cajus accipiat quartam omnium bonorum*, i. e. *ex duodecim millibus tria millia, an verum unum mille*, i. e. *quartam legitimæ, quæ* in casu, quo adsunt tres vel quatuor liberi est triens sive quatuor unciæ. R. Esse omnium bo- 9
norum.

Ita docent *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 10. *Harp. Inst. hic. n.* 9. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *th.* 9. *q.* 37. *Lud. wel. Inst. hic. Arumæ. exercit.* 2. *th.* 19.

Dissent. *Bachov. in Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *th.* 9. *lit. E. Zoës. ff. de adopt. n.* 11. *Schamb.* §. 3. *q.* 4. *hic. Vin. n.* 3.

Ratio I. quia textus §. 3. *Inst. h.t.* indistincte loquitur dicendo: *jubetur quartam partem bonorum relinquere*: Quem textum inique ad partem portionis ab intestato debitæ restrinxeris.

Ratio II. quia arrogato impuberi debetur quarta ex illis bonis, quæ tempore mortis fuerunt arrogantis, *L. ult. ff. si quid in fraud. patron. his verbis: constitutione Divi Pii cavetur de impubere, ut ex bonis, quæ mortis tempore illius, qui adoptavit, pars quarta ad arrogatum pertineat.*

Ob. I. Arrogatus non debet esse melioris conditionis, quam filius naturalis, &

& legitimus simul; atqui esset melioris conditionis, quia filio naturali, & legitimo tantummodo debetur quarta portionis ab intestato debitæ; ergo. R. tametsi arrogatus melioris conditionis habeatur, quam naturalis & legitimus simul: id tamen absurdum non esse, tum quia arrogatus patri caput & fortunas suas attulit, naturalis vero & legitimus, neque caput, neque fortunas aliquas tulit; tum quia Pater arrogatum non invitus, sed volens in numerum suorum liberorum assumpsit, ac proinde coercendus est, si filium arrogatum sine justa causa, vel exhæredet vel emancipet.

Ob. II. Si quinque arrogentur, non potest quilibet quartam omnium bonorum acquirere: *ergo* quarta Piana non est quarta omnium bonorum, sed quarta duntaxat quartæ. R. Numquam admitti, ut quinque impuberes arrogentur.

Ob. III. L 6. Cod. de inoff. testam. ibi quarta naturalibus & legitimis debita etiam appellatur quarta bonorum, & tamen nemo dixerit, esse quartam omnium bonorum; *ergo* licet quarta Piana vocetur quarta, non tamen sequitur, esse omnium bonorum. R. Ex aliis *textibus* luculenter constare, quartam liberis naturalibus & legitimis debitam, esse quartam portionis ab intestato debitæ, secus in nostro casu.

§. MINORUM 4.

IN hoc & seqq §. incipit *Imperator* declarare, quinam adoptare possint, quosnam adoptare liceat. Et inprimis dicit; quod natu minor non possit adoptare natu majorem. *Ratio* est in *textu*: quia adoptio naturam imitatur; atque in natura pro monstro est, ut major sit filius, quam pater; ergo id etiam in adoptione debet considerari. Debet itaque adoptans adoptando major esse, & quidem plena pubertate i. e. 18. annis *text. hic. & L. adrogato* 40. §. 1. *ff. h.t.*

Dices: Potest quis generare, & pater esse ante annum decimum octavum, *ergo* etiam poterit quis adoptare ante annum 18. R. *conc. ant. neg. conseq.* licet enim quis anno decimo quarto generare possit, rarius tamen id contingit; jura autem ad ea, quæ sunt frequentiora, attendere, patet ex *L. 3. & 4. ff. de leg. Schamb. hic. Harp: rationem differentiæ* assignat *Manz. n.* 9. atque ait; adoptionem esse odiosam, & damnosam reipubl. quia imminuit splendorem familiarum, ac proinde ad plenam pubertatem restringendam: contra vero matrimonium, per quod civitas liberis repletur, reipubl. perquam utile esse, ac proinde magis favorabile.

Q. *An ergo is qui triginta annorum est, poterit adoptare eum, qui decem annorum est?* R. *negative:* Quia 60. annis minor regulariter adoptare non potest *L. si pater* 15. §. 2. *ff. h. t. ratio* ibidem redditur, quia potius liberorum procreationi studere debet. Si vero justa causa subsit, forte quod morbus aut valetudo in causa sit quo minus liberorum procreationi studere possit, adoptare permittitur. *d. l.* 15. §. 2. 11

§. LICET AUTEM. 5.

Q. In hoc §. *utrum liceat adoptare tantum in locum filii, an vero etiam in locum nepotis?*

R. Omnino, non tantum in locum nepotis vel neptis, sed etiam pronepotis vel proneptis adoptare licere, *ratio:* quia non generamus tantum filios, verum etiam nepotes. *Ratio* alia, quia varii sunt affectus hominum, & contingere potest, ut quis libentius vellet habere nepotem, quam filium; forte quia nepos ip-

si mortuus est, quem valde diligebat, in cujus locum & memoriam libenter vellet alium substituere: vel quia tam provectæ ætatis est, ut malit avus, quam pater nuncupari; si enim dulce est nomen filiorum, quanto dulcius est seni nomen nepotum? *Manz. hic. n.* 1. & 2. Sed

Q. quid si aliquis filium non habeat, potestne tamen aliquem in locum nepotis adoptare?

Dixeris, *quod non.* Ratio: quia adoptio imitatur naturam; atqui secundum naturam nepotem habere nequit, qui filio & filia caret, cum deficiente causa, deficiat effectus; *ergo* etiam secundum adoptionem nepotem habere nequit.

Verum hoc non attendo. R. *Imperator*, quod liceat in locum nepotis adoptare, quamvis filium quis non habeat; *ratio* est, quia forte in favorem eorum qui carent sobole, id receptum est. *Manz. n.* 5.

Ad rationem dubitandi responderi potest, quod adoptio imitetur naturam in casibus expressis; vel potius in iis, ubi non est expressum contrarium, omnis enim similitudo claudicat. *Schamb.* & *Manz. hic.* Accedit, quod licet aliquis de facto filium non habeat, potuerit tamen unum habuisse, qui defunctus vel emancipatus est.

At *regeres*: Ut secundum naturam possim habere nepotem, debuit filius intermedius extitisse; ergo etiam ut possim habere nepotem adoptivum, debuit filius intermedius extitisse: quod si intermedius non exstiterit filius, in locum nepotis aliquis adoptari non potest. R. Hoc in casu fingi filium intermedium extitisse, & hoc propter favorem propagandæ familiæ. *l.* 37. & *l.* 43. *ff. h. t. Harp. n.* 4.

Deinde accedit, quod is, qui uxorem non habet, possit adoptare. *l.* 30. *ff. h. t.*; *ergo* adoptio non in omnibus imitatur naturam, quia sine uxore naturaliter liberos non possimus habere. *Manz. num.* 7.

Insistes. Duæ fictiones circa unam eandemque rem concurrere non possunt, atqui hic concurrent: fingitur enim quis habere filium, & nepotem. R. I. Duas fictiones circa unam eandemque rem non posse concurrere, si sit idem subjectum; hic autem duo subjecta sunt, filius & nepos. R. II. *Antecedens* verum esse, nisi expresse contrarium in jure reperiatur statutum, sicuti in hoc §. nostro. *Manz. n.* 10. & *Harp. n.* 3.

§. Et tam 6.

In hoc §. proponitur talis casus: quidam habet filium & nepotem: ego cupio illius filium adoptare in locum mei nepotis, vel nepotem ejus in locum mei filii: quæstio est, *an hoc facere possim?* deciditur, *quod sic*: *Ratio*; quia spectatur in his omnibus, quid naturæ conveniat, & quid fieri possit: atqui secundum naturam bene fieri potest, ut unus & idem sit filius & nepos: filius quidem respectu patris, nepos respectu avi: ergo etiam bene fieri potest, ut aliquis respectu patris naturalis sit filius, respetu adoptantis sit nepos, vel rota versa, pulchre *Manz. hic. n.* 2. ubi plura magis subtilia quam utilia circa hunc §. scribit.

§. Sed si quis 7.

Casus hujus §. talis est: Quidam habet filium vel naturalem vel adoptivum, & vult deinde aliquem loco nepotis, quasi ex filio genitum adoptare quæstio est, *utrum id libere facere possit, nec ne?* R. quod hoc non aliter fieri permittatur, quam si filii consensus accesserit. *Ratio* est

eſt in *textu*, ne ei invitus ſuus hæres agnoſcatur; futurum enim eſt, ut nepos adoptatus poſt avi obitum recidat in filii tanquam patris ſui poteſtatem, adeòque filius invitus illum ſit hæredem ſuum habiturus. Itaque cum iſthæc res in filii præjudicium vergat, non immeritò ejus conſenſus requiritur. Ipſi enim rationi naturali, & æquitati conſentaneum eſt, ut id, quod geritur, approbetur ab his, quorum intereſt. *Harp. hic. & Manz.*

Contra vero avus nepotem ex filio in adoptionem dare poteſt, abſque eo; quòd conſenſus filii adhibeatur, quia prædicta ratio ceſſat: nepos enim non ſolùm non fit ſuus, ſed potius ſuus eſſe deſinit, quia in alienam poteſtatem tranſit, ſi avo materno in adoptionem de-tur. *Manz. & Harp. loc. cit.*

§. In plurimis 8.

Qu In hoc §. in quo arrogatus comparetur filio naturali, & an arrogatus ſive ab aſcendente adoptatus in adoptionem alteri dari poſſit? & R. *Imperator* in plurimis comparari, puta I. quoad patriam poteſtatem; arrogatus enim & adoptatus ab aſcendente æque ſubjicitur patriæ poteſtati, quàm naturalis. II. æqué ſuccedit. III. ſicut filius naturalis alteri in adoptionem dari poteſt, ita etiam arrogatus & adoptatus ab aſcendente. Contra vero adoptatus ab extraneo, alteri in adoptionem dari non poteſt. *Ratio*: quia in adoptantis poteſtatem non tranſit; *ergo* alterius poteſtati ſubjicere non poteſt; nemo enim poteſt plus juris in alium transferre, quam ipſe habeat. *L. 55. ff. de R. J. cap. 79. de R. J in 6. Manz. hic. & Schamb.*

§. Sed et illud 9. cum seq.

Nolo operam ludere, explicando ſeqq. §§. tum quod abundé eorum intelligentia haberi poſſit ex *Manz. Harp. & Schamb.* tum etiam, quia nihil in iis dignum notatu occurrit. Cæterùm

Controverſia non ignobilis eſt, tribuatne adoptio nobilitatem, ita ut, ſi homo plebejus adoptetur à nobili, efficiatur nobilis? In graviſſima hac concertatione triplex eſt D. D. ſententia.

I. Affirmat, eamque ſuô ſuffragiô dignantur AA. & authoritate ſua, & doctrinæ ſoliditate non poſtremi, quos inter ſolis inſtar eminet *Bachov. vol. 2. diſp. 15. theſ. 5. lit. C. Glettle Select. quæſt. p. 1. q. 1. Arumæ. exercit. 2. theſ. 21. Haun. var. reſolut. lib. 1. tract. 3. pag. 214. q. 23.*

II. Diſtinguit, ac temperamentum adhibet, genus a gente ſecernendo, i.e. diſtinguit inter nobilem ex privilegio, & nobilem ex origine; & ſic dicunt, ſi genus i.e. nobilem ex origine ſpectes, non fiet nobilis, ſi gentem i. e. nobilem ex privilegio, fiet, adeòque gentem, ſeu jura familiæ, volunt per adoptionem, tribui, non vero genus, quia hoc à natura eſt. *Schamb. §. ult.*

III. Sententia magiſtraliter *negat*, adoptione perfecta tribui nobilitatem. *Schamb. loc. cit. Harp. eod. §. ult. hic. num. 5.*

Priusquam harum opinionum fundamenta adornem, ſciendum eſt, non hic quæſt. rotari de adoptione inperfecta, ſive ab extraneo facta, cùm enim quis per hanc nec familiam, nec in poteſtatem tranſeat, in confeſſo eſt, nec nobilitatem conſequi, nec etiam *quæſtio* eſt de adoptione ab aſcendente per lineam paternam facta, cùm aliàs in ejus exiſtat poteſtate, juraque habeat; ſed quæſtio eſt, vel de arrogatione, vel adop-

adoptione, ab avo materno facta, & Q. an ego ex patre innobili natus, & ab avo materno nobili adoptatus, fiam nobilis?

Affirmativa his fundamentis nititur.

I. Ex *l.* 32. *ff. de rit. nupt.* ubi dicitur, quòd libertinus ab ingenuo adoptatus jura ingenuorum consequatur, *ergò* etiam plebejus adoptatus à nobili jura nobilium obtinebit.

II. Adoptio tribuit dignitatem patris adoptivi *l.* 13. *ff. h. t. l.* 5. 10. *ff. de senator.*; *ergò* etiam nobilitatem.

III. Per adoptionem acquiruntur jura consanguinitatis *L.* 15. 44. *ff. hoc t. ergò* & nobilitas, quæ ex sanguine descendit.

IV. Si fœmina plebeia ducatura à nobili, efficitur nobilis. *l.* 13. *Cod. de dignit. ergo* etiam si plebejus adoptatur à nobili, efficietur nobilis, quia transit in familiam mariti; *ergò* etiam ideò adoptatus efficietur nobilis, quia transit in familiam sui patris adoptivi.

V. Adoptio imitatur naturam & tantum juris tribuit, quantum habent liberi naturales & legitimi simul, sed hi fiunt jure nativitatis nobiles, *ergò* etiam adoptatus jure adoptionis nobilis efficietur.

12 Verum licèt speciosa videantur hæc fundamenta, me tamen non movent, ut in *affirmativam* condescendam; proinde *negativæ insistendo*, *teneo*, *per adoptionem nobilitatem non tribui.*

Moveor I. Efficaci & solida ratione; quia aliàs in cujuslibet arbitrio foret ac potestate, aliquem nobilitandi, quâ tamen prærogativa solus Princeps pollet, *Harp. loc. cit. num.* 10. Accedit: quòd adoptio sit modus acquirendi patriam potestatem, non nobilitatem *Schamb. loc. cit. vers.* quarta ratio est.

Moveor II. *EX L.* 23. *ff. h. t.* ubi dicitur: *adoptio enim non jus sanguinis, sed agnationis parit.* Jam sic arguo: adoptio non tribuit sanguinem, ergò neque nobilitatem, nobilitas enim ex sanguine parentum æstimatur; ex eo scilicet, quòd boni ex bonis, fortes ex fortibus procreari præsumantur, quem affectum sané adoptio non tribuit.

Moveor III. Filius adoptivus patri in fundo non succedit *cap.* 1. §. *adoptivus lib.* 2. *feud. tit.* 26. *ergò* probabile, quòd non fiat nobilis: cùm nobilibus plerumque feuda dentur. *Schamb. loc. cit.* Confirmatur. Ideò adoptivus à nobili in feudum non succedit, quia non debet in Vasalli potestate esse per filios commentitios, ac fictos dominum ac agnatos suo jure privare, ac in feudis suis præjudicare, atqui etiam Principi in prærogativa nobilitandi præjudicari non debet. *Haun. loc. cit. in fine.*

Moveor IV. *per l. ult. ff. stat. hom.* ubi Libertinus ab ingenuo adoptatus non fit ingenuus his verbis: *Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potest.* Ergo neque adoptatus à nobili.

Moveor V. hoc argum. Vel enim consideramus nobilitatem ob innatam ad præclarè agendum virtutem, vel ob nativitatem, sicut nunc maximè æstimatur. *l. Nobilitas* 3. *Cod. de commerciis & Mercat.* Atqui adoptio nec virtutem arrogantis cùm sit habitus, qui evelli non potest, nec sanguinem, cum tantum jus agnationis adferat, *d. l.* 23. *ff. h. t.* tribuit; *ergo* neque nobilitatem, quia non tribuit id, ex quo nobilitas æstimatur. *Harp. n.* 8.

Ad I. ℞. Aliud esse jura, sive privi- 13
legia ingenuorum consequi, aliud esse fieri ingenuum. Possis sane privilegiis nobilium gaudere, sed qui te nobilem esse dixerit?

Ad II. Dico, dignitatem à nobilitate sepa-

ſeparandam eſſe, ſanè poteris eſſe in Senatoria dignitate conſtitutus, & tamen nobilis non eſſe, quia non dignitas *tribuit* nobilitatem, ſed Imperator ſpeciali reſcripto eam impertitur.

Ad III. Repono, licèt adoptatus dicatur fieri cognatus patris adoptivi, id tamen tantùm intelligendum eſt *de cognatione legali*, non naturali; at legalis cognatio nobilitatem non tribuit; nobilitas enim ex ſanguine æſtimatur. *Harp. n.* 13.

Planè adoptione Jura naturalis conſanguinitatis non tribui, vel ex eo patet, quòd aliàs in pluribus gradibus matrimonium dirimeret, nec filius adoptivus ſolutâ per emancipationem patriâ poteſtate, filiam naturalem ducere poſſet, uti docet *l.* 17. *ff. de rit. nupt.*

Ad IV. Retundo hoc ſpeciale eſſe in matrimonio propter favorem conjugii, & inſuper id in jure expreſſum eſſe, adeòque ad conſequentias non producendum, *per l.* 14. *ff. de LL. quod contra rationem juris receptum eſt, ad conſequentias non eſt producendum.* Deinde auctoritate Principis non tam multùm præjudicatur per hoc, quòd matrimonium cum nobili à fœmina contractum nobilitatem operetur, cùm personâ extinctâ, & illa pereat, quod ſecùs eſt in filio adoptivo, per quem nobilitas propagatur. *Harp. n.* 14.

Ad V. Facilis eſt reſponſio, adoptio enim imitatur naturam quoad effectum patriæ poteſtatis, *conc.* quoad alia, quæ ſolus Princeps largitur, *neg.*

Proinde qui adoptare aut arrogare, & ſimul arrogatum nobilem fieri cupit, à Principe nobilitatem obtineat neceſſe eſt. *Schamb. in fine htc.*

Adoptioni non diſſimilis eſt recepta 14
paſſim hodie in Germania unio prolium, *die Einkindschafft.*, quæ eſt pactum inter parentes, eorumque ex diverſo matrimonio utrinque ſuſceptos, & ſuſcipiendos liberos, præſuppoſito filiationis Jure de mutua invicem ſucceſſione coram ordinario loci Magiſtratu, cum cauſæ cognitione, adhibitis iis, quorum intereſt, & actis intervenientibus ritè recteque initum *Schamb. hic in fine.* plura de unione prolis vide apud. *Gail. lib.* 2. *obſ.* 125. *Harp. n.* 15. *ult. de adopt.*

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

SUMMARIA.

1. *Mors naturalis ſolvit patriam poteſtatē.*
2. *Niſi ſint recaſuri in alterius poteſtatem.*
3. *Item mors civilis eandem ſolvit.*
4. *Relegatio non etiam.*
5. *Doctoratus an patriam poteſtatē ſolvat?*
6. *Emancipatio quid ſit, & quotuplex?*
7. *Monachiſmus an ſolvat patriam poteſtatem?*

Hucuſque viſum eſt, quibus modis patria poteſtas acquiratur. Jam vero, cùm nihil ſub ſole tam firmum ſit, quin quandoque rumpatur, videndū erit, quibus modis patria poteſtas diſſolvatur.

P 2 Ad

ADVERS. HI VERO.

1 Modus, quò patria potestas solvitur, est *mors naturalis*; *text. hic* ratio, quia mors omnia solvit, *Nov.* 22. *cap.* 20. & mortuo patre omnia, quotquot ei subjecta fuerunt, capita nomen patrumfam. subeunt, suique juris fiunt *l.* 195. §. 2. *ff. de V. S. Vinn. Inst. hic.*

Dices. Mors est facti, patria potestas est juris, atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris. *l.* 27. §.*pactus, ff de pact.* ergò &c. ℞. *dist. mi.* atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris, nisi sint jura personalia, quæ cum persona extinguuntur. *conc.* si sint jura personalia. *neg. mi. & conseq. Manz. n.* 5. *Harp. n.* 7. *hic.*

AD VERS. SED ITA.

2 Dicta, quòd morte naturali solvatur jus patriæ potestatis, procedunt, nisi liberi post mortem patris in alterius potestatem sint recasuri. Hinc si avus, qui nepotes in sua potestate habuit, moriatur, hi non efficiuntur sui juris, sed in patris sui potestatem recidunt, si hic adhuc vivat: cessat enim causa, propter quam pater, qui ipse in potestate fuit, suos liberos in potestate non habuit.

§. CUM AUTEM. I.

3 II. Modus, quò solvitur patria potestas est *mors civilis*, quæ per maximam & mediam capitis diminutionem contingit, *ratio*, quia, per mortem civilem aliquis amittit communionem juris civilis. *Manz. hic.* Planè, si deportatus à Principe restituatur in integrum, recipit potestatem patriam, dummodò restitutio sit plenissima, nam restitutio generalis pœnam quidem remitti facit, non verò reddi potestatem patriam. *text. hic. l.* 1. & 2. *Cod. de sentent. pass. & rest. Clariss. D.D. Franz. n.* 4. *hic.*

§. RELEGTI. 2.

4 Relegatio (*Die Lands Verweisung*) utpote quæ non tollit jura civitatis, non etiam dissociat patriam potestatem. *text. hic.*

§. POENÆ 3.

Qui servus pœnæ fit, hoc est, in metallum fodiendum, vel ad pugnandum cum bestiis condemnatur, amittit patriam potestatem, quia patitur maximam & mediam capitis diminutionem. *text. hic.* Huic pœnæ similis est condemnatio ad triremes. *Carpzov. p.* 3. *q.* 129. *n.* 8.

§. FILIUS FAM. 4.

Olim neque consulatûs, neque militiæ, neque Episcopatûs. *l. ult. Cod. de Consul. l.* 34. *Cod. de Episcop. & Cler.* Sed sola patritiatûs dignitas à nexu potestatis patriæ eximebat. *text. hic.*

Hodie verò non tantùm patritiatûs, sed Episcopatûs, consulatûs, militiæ, & aliæ plures quæ in *Nov.* 81. §. *& auctor.* Sed Episcopalis *Cod. de Episcop. & Cler.* recensentur dignitates, imò omnes, quæ à curiali conditione aliquem liberant. *Nov.* 70. *& l. ult. Cod. de Decurion.* dissolvunt patriam potestatem. *Harp. n.* 3. *hic Berlich. p.* 2. *Concl.* 11.

Quæstio I. *Liberétne Doctoratus à potestate patria?* ℞. I. Satis certum esse, Doctores, qui agunt professores publicos, & in Academiis publicè leges docent, ac profitentur, liberari à nexu potestatis patriæ; *ratio*, quia teste *Nov.* 81. *cap.* 1. §. 1. omnes illi à patria potestate immunes asseruntur, qui immunes sunt ab oneribus curiæ; sed professores publici sunt imunes ab oneribus curiæ. 5

ix. *L. 6. Cod. de Profeſſ.* ergò ℞. II. Communi DD. calculó obtinere, etiam eliquos Doctores à nexu patriæ poteſtatis liberari. Ita teſtatur. *Berlich. loc. cit. n.* 53. *Vultejus. Inſt. hic. n.* 6. *Cardinal. Tuſchus pract. concluſ. lit. D. Concluſ.* 149.

Ratio eſt, quia hodie omnis dignitas ximit à patria poteſtate, *d. Nov.* 81. *c.* §. 1. Sed Doctoratus eſt dignitas *l.* 4. 1. *ff. de excuſ. tut.* & *l.* 7. *Cod. de ponl.* ubi Doctores nobiliſſimi vocantur. *l.* 2. §. 9. *Cod. de vet. Jur. enucl.* ubi gregii & illuſtres nuncupantur. *Mynſ. nt.* 4. *obſ.* 31. *Stephan. de Juriſ. lib.* 3. 2. *cap.* 14. *n.* 93. ubi ait: quòd in nperiali Camera Doctores & Nobiles ribus fruantur ſtipendiis, iisdemque em veſtitus concedatur, qui Nobilis. *Policey Ordnung.* 1577. *tit.* 2. *Illuſſ. D. L. B. ab Andiern. Juriſprud. quà blicà privat. l.* 1. *tit.* 2. *p.* 2. *n.* 27.; *er-* Doctoratus eximit poteſtate patria. Diſſent. *Clariſſ. D. Doctor. Franz. loc. num.* 7. *Harp. hic n.* 7. *Schneid. n.* 5. *iamb.*

§. Si ab hostibus. 5.

I. Modus, quò ſolvitur patria poteſ, eſt *captivitas*, per quam tamen n tam dirimi, quàm ſuſpendi, & ſtaliberorum dubius effici dicitur. Vel m pater revertitur, vel apud hoſtes edit. Priori caſu recipit patriam poteſm, ac fingitur jure poſtliminii ſemin civitate fuiſſe. Poſteriori caſu adiculò legis Corneliæ fingitur eo moto deceſſiſſe, quo captus fuit, *tex.* Hoc die capti apud Turcas apud nos ſervis non habentur. *Manz. n.* 19.

§. Præterea. 6.

I. Modus, quò patria poteſtas ſolvieſt *emancipatio*, quæ *definitur*, quòd ſit patriæ poteſtatis relaxio.

Dividitur in *legitimam*, *Anaſtaſianam*, & *Juſtinianam*. Legitima eſt, quæ olim per imaginarias venditiones celebraretur, & iſta ob duras ſolemnitates quibus obnoxia erat, in deſuetudinem abiit.

Anaſtaſiana eſt, quæ per impetrationem reſcripti Principis fiebat *l.* 5 *Cod. h. t.*

Juſtiniana, quæ coram quocunque competente Magiſtratu contingebat *l. pen. Cod. eod.* Hodie ſecundùm conſuetudinem univerſæ Europæ emancipatio tacita intervenire cenſetur, ſi filius ſeparatim habitare, res ſuas ſibi gerere, ac proprium focum & menſam habere incipiat. *Manz. n.* 21. *hic Berlich. p.* 2. *concl.* 11. *n.* 33. *Gomez. var. reſolut. tom.* 1. *c.* 11. *n.* 34. & plures ab his longâ ſerie recenſiti.

§. Admonendi. 7.

Si quis habeat plures liberos in poteſtate, v. g. *filium* & *ex eo nepotem*, tunc pater pro libitu emancipare poteſt quem velit etiam nepotem retentô filiô in poteſtate, & econtra filium retento nepote; *ratio*, quia quiſque jure ſuo uti poteſt.

§. Sed etsi. 8.

VII. Modus, quò patria poteſtas ſolvitur, eſt *adoptio perfecta*, quæ ab aſcendente aliquo v. g. *avo materno* facta eſt; per quam tamen patria poteſtas non tam ſolvitur, quàm potiùs transfertur.

§. Illud. 9.

Si nepos naſcatur ex emancipato filio, in cujus erit poteſtate? ℞. ſi eſt conceptus ante emancipationem, erit in poteſtate avi, ſi poſt, erit in poteſtate filii; in

in his enim, qui nascuntur ex thoro legitimo, inspicimus tempus conceptionis. *L. 14. de adopt. L. 19. ff. de stat. hom. Perez. Inst. hic.*

§. Et quidem fin.

Hic nihil aliud deciditur, quàm quòd pater invitus cogi non possit emancipare suos liberos; correlativorum enim eadem est natura; sicut ergò pater filium invitum emancipare non potest, *auth. generaliter Cod. de natural. lib.* Ita quoque invitus pater cogi non potest, ut filium emancipet. *d. l. 31. ff. de adopt. l. 4. C. de emancip. Gail. 2. obs. 17. num. 5.*

7 Quæstio II. *An per Monachismum solvatur patria potestas?* ℞. in eam communi harmonia DD. condescendere sententiam, in utilibus, & iis, in quibus religioni prodest patria potestas, eam non solvi, in damnosis verò, h. e. in quibus patria potestas religioni non prodest, dissolvi; *ratio* prioris est, ne, quod in commodum religionis est introductum, detorqueatur in ejus detrimentum contra *l. 6. Cod. de LL. cap. 61. de R. J. in 6. Ratio* posterioris, quia professus in Abbatis potestatem transit, ut proinde nequeat in duplici potestate existere. *Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 3. n. 20. in fine Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. n. 5. Glettle assert. Jurid. 23.*

TITULUS XIII.

DE TUTELIS.

SUMMARIA.

1 *Definitur tutela.*
2 *Verba* Vis ac potestas *quò referenda sint;*
3 *Tutela quomodò differat à curatela?*
4 *Tutela triplex est.*
5 *Tutorem quis testamento dari possit?*
6 *Mater an testamento rectè tutorem det?*
7 *Pater filio naturali non potest tutorem dare.*
8 *Filio exhæredato rectè datur.*
9. *Item posthumo.*
10 *Tutela Electoralia testamento alii quàm seniori agnato rectè defertur.*

CONNEXIO.

Postquàm dispeximus de personis alieno juri subjectis, puta, de servis & filiis familias, agendum superest de personis, quæ sui juris sunt, quarum aliæ sub tutela, ut pupilli sive impuberes, aliæ sub curatela, ut adulti & minorennes, aliæ neutro jure tenentur.

In hoc autem & seq. tit. *Imperator* de iis duntaxat personis agit, quæ sub tutela & cura sunt; sic enim inquit ille, cognoscemus, quæ neutro jure teneantur, contrariorum enim est ea natura atque indoles, ut unò cognitò, noscatur & alterum. *Princip. Inst. h. t. & l. 1. ff. de his. qui sui vel alien. jur.*

Dices. Tutela est munus publicum *arg. l. 9. ff. eod.* ergò malè hôc loco agitur de tutela, vel falsò dixit Imperator *in §. 4. Inst. de J. & l.* quòd in Instit. de jure velit duntaxat privato agere. ℞. Tutela est munus publicum authoritate, h. e. nemo potest tutorem dare, nisi cui id lex permittit. *conc. ant.*, utilitate, *nego ant. & conseq.*; pertinet enim ad utilitatem priva-

privatorum, *Schambog.* & *Manz. hic.*

§. Est autem I.

1 Tutela à tuendo dicta concinné describitur, *quod sit vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, Jure Civili data ac permissa.* Concord. N. O. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. I. §. I.

Dicitur I. *Vis ac potestas*; Alii legunt *jus ac potestas*. Sed contra est I. quod in pandectis Florentinis quæ sunt correctissimæ, *legatur Vis ac potestas*. Contra est II. quòd in §. 2. *h. t.* tutor definiatur, qui eam vim ac potestatem habet, *Hannold. tract.* 4. *de J. & J. c.* 4. *Controv.* I. *n.* 223.

2 Sed quid significant verba *Vis ac potestas*? varii varié explicant, communior est expositio, quæ statuit esse Synonima, & ideo conjuncta, ut significetur tutelam non esse quamcumque, sed potestatem vehementem, magnam & efficacem, & velut portionem patriæ potestatis, quâ tutori liceat pro authoritate quid statuere, facere, disponere, tum circa personam, tum circa res pupilli, *Clariss. D. Franz. Inst. h. t. n.* 2.

Dicitur 2. *in capite libero.* Hic rhodus, hic saltus; vehementer enim se torquent. D. D. quo referenda sint hæc verba an ad tutorem, an ad pupillum, an vero ad utrumque.

Ad pupillum referenda docent *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 8. *th.* I. *lit. C. Schneid. n.* 3. *Inst. h. t.*

Moventur hac ratione, quia pupillus debet esse liber respectu patriæ & dominicæ potestatis, cum filiusfam. regulariter tutorem habere non possit, est enim officium patris, ne filium indefensum relinquat. *Manz. n.* 4. *hic*, nec servus habere potest tutorem, cùm existat in potestate dominica, *Mynsing. Inst. hic, n.* 3.

Ad tutorem referunt *Schamb. Inst. hic. Zoës. ff. de tutel. n.* I. *Clariss. D. Franz. Inst. hic n.* 3.

Moventur I. Quia tutela, ut pleraque in jure nostro, est relatio quædam, nempè respectus tutoris ad pupillum, & rotâ versâ; ergò debuit definiri per fundamentum, & terminum suum, cùm relatio juxta R. R. nihil aliud sit, quàm fundamentum, & terminus simul sumpta, ergò per tutorem tanquam fundamentum, & per pupillum tanquam terminum. Si hoc? ergo per verba *in capite libero* debet intelligi tutor, cum per seqq. satis exprimatur pupillus.

II. Si *per* verba *in capite libero* intelligatur pupillus, definitio evaderet tautologica, hoc est, idem nempe pupillus bis poneretur in definitione, semel ibi: *in capite libero.* & iterum ibi: *qui per ætatem se ipse defendere nequit.* Qoud a bona definitione alienum foret.

III. Si verba *in capite libero* referenda essent ad pupillum, deberent in seqq. dici *ad tuendum se*, juxta naturam reciprocorum; atqui dicitur *ad tuendum eum*: ergo verba *in capite libero* non ad pupillum, sed ad tutorem referenda sunt.

Ad utrumque referunt, *Manz. n.* 4. *Humm. va. resolut. lib.* I. *tract.* 4. *q.* 2.

Moventur hóc solò, sed solidò argumentò, quia in utroque tam pupillo, quàm tutore requiritur, ut sit caput liberum.

3 Ex parte tutoris ideò, quia tutela est juris civilis an civium Romanorum propria *text. in verbis: jure civili data.* Atqui servus juris communionem non habet, imò quod ad jus civile attinet, pro nullo habetur. *L.* 32. *ff. de R. J.* Imò quod servus tutor dari nequeat, disertè statuit *L.* 22. *ff. de testam. tut.*; ergò verba *in capite libero* ad tutorem commodè referuntur.

Ex

si mortuus est, quem valde diligebat, in cujus locum & memoriam libenter vellet alium substituere: vel quia tam provectæ ætatis est, ut malit avus, quam pater nuncupari; si enim dulce est nomen filiorum, quanto dulcius est seni nomen nepotum? *Manz. hic. n.* 1. & 2. Sed

Q. quid si aliquis filium non habeat, poteſtne tamen aliquem in locum nepotis adoptare?

Dixeris, *quod non*. Ratio: quia adoptio imitatur naturam; atqui secundum naturam nepotem habere nequit, qui filio & filia caret, cum deficiente causa, deficiat effectus; *ergo* etiam secundum adoptionem nepotem habere nequit.

Verum hoc non attendo. R. *Imperator*, quod liceat in locum nepotis adoptare, quamvis filium quis non habeat; *ratio* est, quia forte in favorem eorum qui carent sobole, id receptum est. *Manz. n.* 5.

Ad rationem dubitandi responderi potest, quod adoptio imitetur naturam in casibus expressis; vel potius in iis, ubi non est expressum contrarium, omnis enim similitudo claudicat. *Schamb.* & *Manz. hic.* Accedit, quod licet aliquis de facto filium non habeat, potuerit tamen unum habuisse, qui defunctus vel emancipatus est.

At *regeres*: Ut secundum naturam possim habere nepotem, debuit filius intermedius extitisse; ergo etiam ut possim habere nepotem adoptivum, debuit filius intermedius extitisse: quod si intermedius non extiterit filius, in locum nepotis aliquis adoptari non potest. R. Hoc in casu fingi filium intermedium extitisse, & hoc propter favorem propagandæ familiæ. *l.* 37. & *l.* 43. *ff. h. t. Harp. n.* 4.

Deinde accedit, quod is, qui uxorem non habet, possit adoptare. *l.* 30. *ff. h. t.*; *ergo* adoptio non in omnibus imitatur naturam, quia sine uxore naturaliter liberos non possimus habere. *Manz. num.* 7.

Insistes. Duæ fictiones circa unam eandemque rem concurrere non possunt, atqui hic concurrent: fingitur enim quis habere filium, & nepotem. R. I. Duas fictiones circa unam eandemque rem non posse concurrere, si sit idem subjectum; hic autem duo subjecta sunt, filius & nepos. R. II. *Antecedens* verum esse, nisi expresse contrarium in jure reperiatur statutum, sicuti in hoc §. nostro. *Manz. n.* 10. & *Harp. n.* 3.

§. Et tam 6.

In hoc §. proponitur talis casus: quidam habet filium & nepotem: ego cupio illius filium adoptare in locum mei nepotis, vel nepotem ejus in locum mei filii: quæstio est, *an hoc facere possim?* deciditur, *quod sic*: *Ratio*; quia spectatur in his omnibus, quid naturæ conveniat, & quid fieri possit: atqui secundum naturam bene fieri potest, ut unus & idem sit filius & nepos: filius quidem respectu patris, nepos respectu avi: ergo etiam bene fieri potest, ut aliquis respectu patris naturalis sit filius, respectu adoptantis sit nepos, vel rota versa, pulchre *Manz. hic. n.* 2. ubi plura magis subtilia quam utilia circa hunc §. scribit.

§. Sed si quis 7.

Casus hujus §. talis est: Quidam habet filium vel naturalem vel adoptivum, & vult deinde aliquem loco nepotis, quasi ex filio genitum adoptare quæstio est, *utrum id libere facere possit, nec ne?* R. quod hoc non aliter fieri permittatur, quam si filii consensus accesserit. *Ratio* est

est in *textu*, ne ei invitus suus hæres agnoscatur; futurum enim est, ut nepos adoptatus post avi obitum recidat in filii tanquam patris sui potestatem, adeòque filius invitus illum sit hæredem suum habiturus. Itaque cum isthæc res in filii præjudicium vergat, non immeritò ejus consensus requiritur. Ipsi enim rationi naturali, & æquitati consentaneum est, ut id, quod geritur, approbetur ab his, quorum interest. *Harp. hic.* & *Manz.*

Contra vero avus nepotem ex filio in adoptionem dare potest, absque eo; quòd consensus filii adhibeatur, quia prædicta ratio cessat: nepos enim non solùm non fit suus, sed potius suus esse desinit, quia in alienam potestatem transit, si avo materno in adoptionem detur. *Manz.* & *Harp. loc. cit.*

§. In plurimis 8.

QIn hoc §. in quo arrogatus comparetur filio naturali, & an arrogatus sive ab ascendente adoptatus in adoptionem alteri dari possit? & R. *Imperator* in plurimis comparari, puta I. quoad patriam potestatem; arrogatus enim & adoptatus ab ascendente æque subjicitur patriæ potestati, quàm naturalis. II. æqué succedit. III. sicut filius naturalis alteri in adoptionem dari potest, ita etiam arrogatus & adoptatus ab ascendente. Contra vero adoptatus ab extraneo, alteri in adoptionem dari non potest. *Ratio*: quia in adoptantis potestatem non transit; *ergo* alterius potestati subjicere non potest; nemo enim potest plus juris in alium transferre, quam ipse habeat. *L. 55. ff. de R. J. cap. 79. de R. J in 6. Manz. hic.* & *Schamb.*

§. Sed et illud 9. cum seq.

NOlo operam ludere, explicando seqq. §§. tum quod abundé eorum intelligentia haberi possit ex *Manz. Harp.* & *Schamb.* tum etiam, quia nihil in iis dignum notatu occurrit. Cæterùm

Controversia non ignobilis est, tribuatne adoptio nobilitatem, ita ut, si homo plebejus adoptetur à nobili, efficiatur nobilis? In gravissima hac concertatione triplex est D. D. sententia.

I. Affirmat, eamque suó suffragió dignantur AA. & authoritate sua, & doctrinæ soliditate non postremi, quos inter solis instar eminet *Bachov. vol. 2. disp. 15. thes. 5. lit. C. Glettle Select. quæst. p. 1. q. 1. Arumæ. exercit. 2. thes. 21. Haun. var. resolut. lib. 1. tract. 3. pag. 214. q. 23.*

II. Distinguit, ac temperamentum adhibet, genus a gente secernendo, i.e. distinguit inter nobilem ex privilegio, & nobilem ex origine; & sic dicunt, si genus i.e. nobilem ex origine spectes, non fiet nobilis, si gentem i. e. nobilem ex privilegio, fiet, adeòque gentem, seu jura familiæ, volunt per adoptionem, tribui, non vero genus, quia hoc à natura est. *Schamb. §. ult.*

III. Sententia magistraliter *negat*, adoptione perfecta tribui nobilitatem. *Schamb. loc. cit. Harp. eod. §. ult. hic. num. 5.*

Priusquam harum opinionum fundamenta adornem, sciendum est, non hic quæst. rotari de adoptione inperfecta, sive ab extraneo facta, cùm enim quis per hanc nec familiam, nec in potestatem transeat, in confesso est, nec nobilitatem consequi, nec etiam *quæstio* est de adoptione ab ascendente per lineam paternam facta, cùm aliàs in ejus existat potestate, juraque habeat; sed quæstio est, vel de arrogatione, vel

adoptione, ab avo materno facta, & Q. an ego ex patre innobili natus, & ab avo materno nobili adoptatus, fiam nobilis?

Affirmativa his fundamentis nititur.

I. Ex *l. 32. ff. de rit. nupt.* ubi dicitur, quòd libertinus ab ingenuo adoptatus jura ingenuorum consequatur, *ergò* etiam plebejus adoptatus à nobili jura nobilium obtinebit.

II. Adoptio tribuit dignitatem patris adoptivi *l. 13. ff. h. t. l. 5. 10. ff. de senator.*; *ergò* etiam nobilitatem.

III. Per adoptionem acquiruntur jura consanguinitatis *L. 15. 44. ff. hoc t. ergò* & nobilitas, quæ ex sanguine descendit.

IV. Si fœmina plebeia ducatura à nobili, efficitur nobilis. *l. 13. Cod. de dignit. ergo* etiam si plebejus adoptatur à nobili, efficietur nobilis, quia transit in familiam mariti; *ergò* etiam ideò adoptatus efficietur nobilis, quia transit in familiam sui patris adoptivi.

V. Adoptio imitatur naturam & tantum juris tribuit, quantum habent liberi naturales & legitimi simul, sed hi fiunt jure nativitatis nobiles, *ergò* etiam adoptatus jure adoptionis nobilis efficietur.

12 Verum licèt speciosa videantur hæc fundamenta, me tamen non movent, ut in *affirmativam* condescendam; proinde *negativæ insistendo, teneo, per adoptionem nobilitatem non tribui.*

Moveor I. Efficaci & solida ratione; quia aliàs in cujuslibet arbitrio foret ac potestate, aliquem nobilitandi, quâ tamen prærogativa solus Princeps pollet, *Harp. loc. cit. num.* 10. Accedit: quòd adoptio sit modus acquirendi patriam potestatem, non nobilitatem *Schamb. loc. cit. vers.* quarta ratio est.

Moveor II. *EX L.* 23. *ff. h. t.* ubi dicitur: *adoptio enim non jus sanguinis, sed agnationis parit.* Jam sic arguo: adoptio non tribuit sanguinem, ergò neque nobilitatem, nobilitas enim ex sanguine parentum æstimatur; ex eo scilicet, quòd boni ex bonis, fortes ex fortibus procreari præsumantur, quem affectum sané adoptio non tribuit.

Moveor III. Filius adoptivus patri in fundo non succedit *cap. 1. §. adoptivus lib. 2. feud. tit. 26. ergò* probabile, quòd non fiat nobilis: cùm nobilibus plerumque feuda dentur. *Schamb. loc. cit.* Confirmatur. Ideò adoptivus à nobili in feudum non succedit, quia non debet in Vasalli potestate esse per filios commentitios, ac fictos dominum ac agnatos suo jure privare, ac in feudis suis præjudicare, atqui etiam Principi in prærogativa nobilitandi præjudicari non debet. *Haun. loc. cit. in fine.*

Moveor IV. *per l. ult. ff. stat. hom.* ubi Libertinus ab ingenuo adoptatus non fit ingenuus his verbis: *Eum, qui se libertinum esse fatetur, nec adoptando patronus ingenuum facere potest.* Ergo neque adoptatus à nobili.

Moveor V. hoc argum. Vel enim consideramus nobilitatem ob innatam ad præclarè agendum virtutem, vel ob nativitatem, sicut nunc maximè æstimatur. *l. Nobilitas* 3. *Cod. de commerciis & Mercat.* Atqui adoptio nec virtutem arrogantis cùm sit habitus, qui evelli non potest, nec sanguinem, cum tantum jus agnationis adferat, *d. l. 23. ff. h. t.* tribuit; *ergo* neque nobilitatem, quia non tribuit id, ex quo nobilitas æstimatur. *Harp. n.* 8.

Ad I. ℞. Aliud esse jura, sive privi- 13
legia ingenuorum consequi, aliud esse fieri ingenuum. Possis sane privilegiis nobilium gaudere, sed qui te nobilem esse dixerit?

Ad II. Dico, dignitatem à nobilitate sepa-

ſeparandam eſſe, ſanè poteris eſſe in Senatoria dignitate conſtitutus, & tamen nobilis non eſſe, quia non dignitas *tribuit* nobilitatem, ſed Imperator ſpeciali reſcripto eam impertitur.

Ad III. Repono, licèt adoptatus dicatur fieri cognatus patris adoptivi, id tamen tantùm intelligendum eſt *de cognatione legali*, non naturali; at legalis cognatio nobilitatem non tribuit; nobilitas enim ex ſanguine æſtimatur. *Harp. n.* 13.

Planè adoptione Jura naturalis conſanguinitatis non tribui, vel ex eo patet, quòd aliàs in pluribus gradibus matrimonium dirimeret, nec filius adoptivus ſolutâ per emancipationem patriâ poteſtate, filiam naturalem ducere poſſet, uti docet *l.* 17. *ff. de rit. nupt.*

Ad IV. Retundo hoc ſpeciale eſſe in matrimonio propter favorem conjugii, & inſuper id in jure expreſſum eſſe, adeóque ad conſequentias non producendum, *per l.* 14. *ff. de LL. quod contra rationem juris receptum eſt, ad conſequentias non eſt producendum.* Deinde auctoritate Principis non tam multùm præjudicatur per hoc, quòd matrimonium cum nobili à fœmina contractum nobilitatem operetur, cùm perſonâ extinctâ, & illa pereat, quod ſecùs eſt in filio adoptivo, per quem nobilitas propagatur. *Harp. n.* 14.

Ad V. Facilis eſt reſponſio, adoptio enim imitatur naturam quoad effectum patriæ poteſtatis, *conc.* quoad alia, quæ ſolus Princeps largitur, *neg.*

Proinde qui adoptare aut arrogare, & ſimul arrogatum nobilem fieri cupit, à Principe nobilitatem obtineat neceſſe eſt. *S.hamb. in fine hic.*

Adoptioni non diſſimilis eſt recepta 14
paſſim hodie in Germania unio prolium, *die Einkindſchafft.*, quæ eſt pactum inter parentes, eorumque ex diverſo matrimonio utrinque ſuſceptos, & ſuſcipiendos liberos, præſuppoſito filiationis Jure de mutua invicem ſucceſſione coram ordinario loci Magiſtratu, cum cauſæ cognitione, adhibitis iis, quorum intereſt, & actis intervenientibus ritè rectéque initum *Schamb. hic in fine.* plura de unione prolis vide apud. *Gail. lib.* 2. *obſ.* 125. *Harp. n.* 15. *ult. de adopt.*

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

SUMMARIA.

1 *Mors naturalis ſolvit patriam poteſtatē.*
2 *Niſi ſint recaſuri in alterius poteſtatem.*
3 *Item mors civilis eandem ſolvit.*
4 *Relegatio non etiam.*
5 *Doctoratus an patriam poteſtatē ſolvat?*
6 *Emancipatio quid ſit, & quotuplex?*
7 *Monachiſmus an ſolvat patriam poteſtatem?*

Hucuſque viſum eſt, quibus modis patria poteſtas acquiratur. Jam vero, cùm nihil ſub ſole tam firmum ſit, quin quandoque rumpatur, videdū erit, quibus modis patria poteſtas diſſolvatur.

ADVERS. HI VERO.

1 MOdus, quò patria potestas solvitur, est *mors naturalis*; *text. hic* ratio, quia mors omnia solvit, *Nov.* 22. *cap.* 20. & mortuo patre omnia, quotquot ei subjecta fuerunt, capita nomen patrumfam. subeunt, suique juris fiunt *l.* 195. §. 2. *ff. de V. S. Vinn. Inst. hic.*

Dices. Mors est facti, patria potestas est juris, atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris. *l.* 27. §. *pactus, ff de pact.* ergò &c. ℞. *dist. mi.* atqui ea, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris, nisi sint jura personalia, quæ cum persona extinguuntur. *conc.* si sint jura personalia. *neg. mi.* & *conseq. Manz. n.* 5. *Harp. n.* 7. *hic.*

ADVERS. SED ITA.

2 DIcta, quòd morte naturali solvatur jus patriæ potestatis, procedunt, nisi liberi post mortem patris in alterius potestatem sint recasuri. Hinc si avus, qui nepotes in sua potestate habuit, moriatur, hi non efficiuntur sui juris, sed in patris sui potestatem recidunt, si hic adhuc vivat: cessat enim causa, propter quam pater, qui ipse in potestate fuit, suos liberos in potestate non habuit.

§. CUM AUTEM. I.

3 II. Modus, quò solvitur patria potestas est *mors civilis*, quæ per maximam & mediam capitis diminutionem contingit, *ratio*, quia, per mortem civilem aliquis amittit communionem juris civilis. *Manz. hic.* Planè, si deportatus à Principe restituatur in integrum, recipit potestatem patriam, dummodò restitutio sit plenissima, nam restitutio generalis pœnam quidem remitti facit, non verò reddi potestatem patriam. *text. hic. l.* 1. & 2. *Cod. de sentent. pass.* & *rest. Clariss. D.D. Franz. n.* 4. *hic.*

§. RELEGTI. 2.

REllegatio (*Die Lands Verweisung*) utpote quæ non tollit jura civitatis, non etiam dissociat patriam potestatem. *text. hic.*

§. POENÆ 3.

QUi servus pœnæ fit, hoc est, in metallum fodiendum, vel ad pugnandum cum bestiis condemnatur, amittit patriam potestatem, quia patitur maximam & mediam capitis diminutionem. *text. hic.* Huic pœnæ similis est condemnatio ad triremes. *Carpzov. p.* 3. *q.* 129. *n.* 8.

§. FILIUS FAM. 4.

OLim neque consulatûs, neque militiæ, neque Episcopatûs. *l. ult. Cod. de Consul. l.* 34. *Cod. de Episcop.* & *Cler.* Sed sola patritiatûs dignitas à nexu potestatis patriæ eximebat. *text. hic.*

Hodie verò non tantùm patritiatûs, sed Episcopatûs, consulatûs, militiæ, & aliæ plures quæ in *Nov.* 81. §. & *autor.* Sed Episcopalis *Cod. de Episcop.* & *Cler.* recensentur dignitates, imò omnes, quæ à curiali conditione aliquem liberant. *Nov.* 70. & *l. ult. Cod. de Decurion.* dissolvunt patriam potestatem. *Harp. n.* 3. *hic Berlich. p.* 2. *Concl.* 11.

Quæstio I. *Liberétne Doctoratus à potestate patria?* ℞. I. Satis certum esse, Doctores, qui agunt professores publicos, & in Academiis publicè leges docent, ac profitentur, liberari à nexu potestatis patriæ; *ratio*, quia teste *Nov.* 81. *cap.* 1. §. 1. omnes illi à patria potestate immunes asseruntur, qui immunes sunt ab oneribus curiæ; sed professores publici sunt imunes ab oneribus curiæ. 5

riæ. *L. 6. Cod. de Profeſſ.* ergò ℞. II. Communi DD. calculò obtinere, etiam reliquos Doctores à nexu patriæ poteſtatis liberari. Ita teſtatur. *Berlich. loc. cit. n.* 53. *Vultejus. Inſt. hic. n. 6. Cardinal. Tuſchus pract. concluſ. lit. D. Concluſ.* 649.

Ratio eſt, quia hodie omnis dignitas eximit à patria poteſtate, *d. Nov.* 81. *c.* 3. §. 1. Sed Doctoratus eſt dignitas *l.* 4. §. 1. *ff. de excuſ. tut.* & *l.* 7. *Cod. de poſtul.* ubi Doctores nobiliſſimi vocantur. & *l.* 2. §. 9. *Cod. de vet. Jur. enucl.* ubi egregii & illuſtres nuncupantur. *Mynſ. cent.* 4. *obſ.* 31. *Stephan. de Juriſ. lib.* 3. *p.* 2. *cap.* 14. *n.* 93. ubi ait: quòd in Imperiali Camera Doctores & Nobiles paribus fruantur ſtipendiis, iisdemque idem veſtitus concedatur, qui Nobilibus. *Policey Ordnung.* 1577. *tit.* 2. *Illuſtriſſ. D. L. B. ab Andlern. Juriſprud. quâ publicâ privat. l.* 1. *tit.* 2. *p.* 2. *n.* 27.; *ergò* Doctoratus eximit poteſtate patria.

Diſſent. *Clariſſ. D. Doctor. Franz. loc. cit. num.* 7. *Harp. hic n.* 7. *Schneid. n.* 5. *Schamb.*

§. Si ab hostibus. 5.

V. Modus, quò ſolvitur patria poteſtas, eſt *captivitas*, per quam tamen non tam dirimi, quàm ſuſpendi, & ſtatus liberorum dubius effici dicitur. Vel enim pater revertitur, vel apud hoſtes decedit. Priori caſu recipit patriam poteſtatem, ac fingitur jure poſtliminii ſemper in civitate fuiſſe. Poſteriori caſu adminiculò legis Corneliæ fingitur eo momento deceſſiſſe, quo captus fuit, *tex. hic.* Hoc die capti apud Turcas apud nos pro ſervis non habentur. *Manz. n.* 19.

§. Præterea. 6.

VI. Modus, quò patria poteſtas ſolvitur, eſt *emancipatio*, quæ *definitur*, quòd ſit patriæ poteſtatis relaxio.

Dividitur in *legitimam*, *Anaſtaſianam*, & *Juſtinianam*. Legitima eſt, quæ olim per imaginarias venditiones celebraretur, & iſta ob duras ſolemnitates quibus obnoxia erat, in deſuetudinem abiit.

Anaſtaſiana eſt, quæ per impetrationem reſcripti Principis fiebat *l.* 5 *Cod. h. t.*

Juſtiniana, quæ coram quocunque competente Magiſtratu contingebat *l. pen. Cod. eod.* Hodie ſecundùm conſuetudinem univerſæ Europæ emancipatio tacita intervenire cenſetur, ſi filius ſeparatim habitare, res ſuas ſibi gerere, ac proprium focum & menſam habere incipiat. *Manz. n.* 21. *hic Berlich. p.* 2. *concl.* 11. *n.* 33. *Gomez. var. reſolut. tom.* 1. *c.* 11. *n.* 34. & plures ab his longâ ſerie recenſiti.

§. Admonendi. 7.

Si quis habeat plures liberos in poteſtate, v. g. *filium* & *ex eo nepotem*, tunc pater pro libitu emancipare poteſt quem velit etiam nepotem retentò filiò in poteſtate, & econtra filium retento nepote; *ratio*, quia quiſque jure ſuo uti poteſt.

§. Sed etsi. 8.

VII. Modus, quò patria poteſtas ſolvitur, eſt *adoptio perfecta*, quæ ab aſcendente aliquo v. g. *avo materno* facta eſt; per quam tamen patria poteſtas non tam ſolvitur, quàm potiùs transfertur.

§. Illud. 9.

Si nepos naſcatur ex emancipato filio, in cujus erit poteſtate? R. ſi eſt conceptus ante emancipationem, erit in poteſtate avi, ſi poſt, erit in poteſtate filii, in

in his enim, qui nascuntur ex thoro legitimo, inspicimus tempus conceptionis. *L. 14. de adopt. L. 19. ff. de stat. hom. Perez. Inst. hic.*

§. ET QUIDEM FIN.

Hic nihil aliud deciditur, quàm quòd pater invitus cogi non possit emancipare suos liberos; correlativorum enim eadem est natura; sicut ergò pater filium invitum emancipare non potest, *auth. generaliter Cod. de natural. lib.* Ita quoque invitus pater cogi non potest, ut filium emancipet. *d. l. 31. ff. de adopt. l. 4. C. de emancip. Gail. 2. obs. 17. num. 5.*

7 Quæstio II. *An per Monachismum solvatur patria potestas?* ℟. in eam communi harmonia DD. condescendere sententiam, in utilibus, & iis, in quibus religioni prodest patria potestàs, eam non solvi, in damnosis verò, h. e. in quibus patria potestas religioni non prodest, dissolvi; *ratio* prioris est, ne, quod in commodum religionis est introductum, detorqueatur in ejus detrimentum contra *l. 6. Cod. de LL. cap. 61. de R. J. in 6. Ratio* posterioris, quia professus in Abbatis potestatem transit, ut proinde nequeat in duplici potestate existere. *Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 3. n. 20. in fine Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. n. 5. Glettle assert. Jurid. 23.*

TITULUS XIII.

DE TUTELIS.

SUMMARIA.

1 *Definitur tutela.*
2 *Verba* Vis ac potestas *quò referenda sint;*
3 *Tutela quomodò differat à curatela?*
4 *Tutela triplex est.*
5 *Tutorem quis testamento dari possit?*
6 *Mater an testamento rectè tutorem det?*
7 *Pater filio naturali non potest tutorem dare.*
8 *Filio exhæredato rectè datur.*
9. *Item posthumo.*
10 *Tutela Electoralia testamento alii quàm seniori agnato rectè defertur.*

CONNEXIO.

POstquàm dispeximus de personis alieno juri subjectis, puta, de servis & filiis familias, agendum superest de personis, quæ sui juris sunt, quarum aliæ sub tutela, ut pupilli sive impuberes, aliæ sub curatela, ut adulti & minorennes, aliæ neutro jure tenentur.

In hoc autem & seq. tit. *Imperator* de iis duntaxat personis agit, quæ sub tutela & cura sunt; sic enim inquit ille, cognoscemus, quæ neutro jure teneantur, contrariorum enim est ea natura atque indoles, ut unò cognitò, noscatur & alterum. *Princip. Inst. h. t. & l. 1. ff. de his. qui sui vel alien. jur.*

Dices. Tutela est munus publicum *arg. l. 9. ff. eod.* ergò malè hòc loco agitur de tutela, vel falsò dixit Imperator *in §. 4. Inst. de J. & l.* quòd in Instit. de jure velit duntaxat privato agere. ℟. Tutela est munus publicum authoritate, h. e. nemo potest tutorem dare, nisi cui id lex permittit. *conc. ant.*, utilitate, *nego ant. & conseq.*; pertinet enim ad utilitatem priva-

privatorum, *Schambog.* & *Manz. hic.*

§. EST AUTEM I.

1 Tutela à tuendo dicta concinné describitur, *quod sit vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, Jure Civili data ac permissa.* Concord. N. O. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 1. §. 1.

Dicitur 1. *Vis ac potestas*; Alii legunt *jus ac potestas.* Sed contra est I. quod in pandectis Florentinis quæ sunt correctissimæ, *legatur Vis ac potestas.* Contra est II. quòd in §. 2. *h. t.* tutor definiatur, qui eam vim ac potestatem habet, *Hannold. tract. 4. de J. & J. c. 4. Controv. 1. n. 223.*

2 Sed quid significant verba *Vis ac potestas*? varii variè explicant, communior est expositio, quæ statuit esse Synonima, & ideo conjuncta, ut significetur tutelam non esse quamcumque, sed potestatem vehementem, magnam & efficacem, & velut portionem patriæ potestatis, quâ tutori liceat pro authoritate quid statuere, facere, disponere, tum circa personam, tum circa res pupilli, *Clariss. D. Franz. Inst. h. t. n. 2.*

Dicitur 2. *in capite libero.* Hic rhodus, hic saltus; vehementer enim se torquent. D. D. quo referenda sint hæc verba an ad tutorem, an ad pupillum, an vero ad utrumque.

Ad pupillum referenda docent *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. th. 1. lit. C. Schneid. n. 3. Inst. h. t.*

Moventur hac ratione, quia pupillus debet esse liber respectu patriæ & dominicæ potestatis, cum filiusfam. regulariter tutorem habere non possit, est enim officium patris, ne filium indefensum relinquat. *Manz. n. 4. hic*, nec servus habere potest tutorem, cùm existat in potestate dominica. *Mynsing. Inst. hic. n. 3.*

Ad tutorem referunt *Schamb. Inst. hic. Zoës. ff. de tutel. n. 1. Clariss. D. Franz. Inst. hic n. 3.*

Moventur I. Quia tutela, ut pleraque in jure nostro, est relatio quædam, nempè respectus tutoris ad pupillum, & rotâ versâ; ergò debuit definiri per fundamentum, & terminum suum, cùm relatio juxta R. R. nihil aliud sit, quàm fundamentum, & terminus simul sumpta, ergò per tutorem tanquam fundamentum, & per pupillum tanquam terminum. Si hoc? ergo per verba *in capite libero* debet intelligi tutor, cum per seqq. satis exprimatur pupillus.

II. Si *per* verba *in capite libero* intelligatur pupillus, definitio evaderet tautologica, hoc est, idem nempe pupillus bis poneretur in definitione, semel ibi: *in capite libero.* & iterum ibi: *qui per ætatem se ipse defendere nequit.* Qood a bona definitione alienum foret.

III. Si verba *in capite libero* referenda essent ad pupillum, deberent in seqq. dici *ad tuendum se*, juxta naturam reciprocorum; atqui dicitur *ad tuendum eum*: ergo verba *in capite libero* non ad pupillum, sed ad tutorem referenda sunt.

Ad utrumque referunt, *Manz. n. 4. Humm. va. resolut. lib. 1. tract. 4. q. 2.*

Moventur hóc solò, sed solidò argumentò, quia in utroque tam pupillo, quàm tutore requiritur, ut sit caput liberum.

Ex parte tutoris ideò, quia tutela est juris civilis an civium Romanorum propria *text. in verbis: jure civili data.* Atqui servus juris communionem non habet, imò quod ad jus civile attinet, pro nullo habetur. *L. 32. ff. de R. J.* Imò quod servus tutor dari nequeat, diserté statuit *L. 22. ff. de testam. tut.*; ergò verba *in capite libero* ad tutorem commodè referuntur.

Ex

Ex parte pupilli requiritur, ut sit caput liberum, quoniam ut paulò ante diximus, filiusfam. & servus tutorem non habent.

Argumenta contraria à se ipsis ruunt non enim *neg.* sed ultro *conced.* verba *in capite libero* referenda esse ad tutorem, sed *neg.* quòd ad pupillum referri nequeant, tutela enim ad utrumque pertinet, ad tutorem quidem activè, ad pupillum passivè.

Dicitur 3. *ad tuendum eum.* Hic est finis primarius intrinsecus tutelæ, tueri pupillum. Quo differt tum a cura, tum à patria potestate. A *cura*, quòd hæc pro fine principali non habeat tuitionem personæ, sed administrationem bonorum. Tutor enim primariò datur personæ, curator verò rei §. *certæ* 4. *seq. tit. à patria potestate*, quia hæc potissimùm inducta est propter utilitatem ipsius patris: contra verò potestas tutoris præcisè ob utilitatem pupilli. *Harp. hic. n.* 22. Appositè Cicero 1. *offic. ut enim tutela sit procuratio reipublicæ ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissi generanda est.*

3 Dicitur 4. *qui per ætatem*, quibus verbis rursus tutela distinguitur à curatela; hæc enim non solùm propter ætatem, sed etiam aliquando propter alia vitia, tum animi tum corporis, ut est furor, prodigalitas, morbus sonticus, inducta est. *Vinn. Inst. hic.* scimus enim, quod etiam furiosis, prodigis, & mente captis curator detur. *Manz. n. 6.*

Dicitur 5. *Jure Civili data & permissa.* quæ verba potius ad divisionem, quam definitionem spectant, ut tutela juxta *text.* sit duplex, alia scilicet *jure civ.* sive *lege data* i.e. *legitima*, alia *permissa*, subintellige, dari, quæ iterum duplex est; vel enim permittitur dari a testatore, & vocatur *testamentaria*, vel a Magistratu, & dicitur *dativa. Schamb. hic in fine. Harp. n.* 24. de his tutelis agemus in seqq.

§. Tutores 2.

Q. hic, *quinam dicantur tutores?* & R. *Imperator* tutores esse, qui eam vim & potestatem, de qua in *definitione* dictum est, habent, additque *rationem* nominis, dum *ait*, tutores appellari quasi *tuitores & defensores à tuendo* dictos, quemadmodum in simili æditui dicuntur, qui ædes tuentur, & sic

Conveniunt rebus nomina sæpe suis.

Nostrâ vernaculâ tutores vocantur *Gerhaber, oder Vormünder. Neve Gerhabschaffts Ornung. tit.* 1. §. 3.

§. Permissum 3.

Pro pleniori hujus §. cognitione notandum est, tutelam esse triplicem, puta *testamentariam*, quæ in testamento constituitur: *legitimam*, quæ a lege; & *dativam*, quæ dante & decernente Magistratu constituitur *L.* 52. *Cod. de Episc. & Cler.* concordat *N. Die neue Gerhabschaffts Ordnung. loc. cit.* 4

De legitima & dativa in titul. seqq., de testamentaria in hoc §. agitur.

Ratio vero, cur priori locô de testamentaria agatur, assignatur à *Manz. n.* 1. & 2. *hic.* quia, quamdiu tutela testamentaria speratur, tamdiu legitimæ & dativæ tutelæ locus non relinquitur. *l.* 89. *ff. de R. J. Ratio rationis*: quia tutelæ procedunt ad modum hæreditatis; sed quamdiu ex testamento potest adire hæreditas ab intestato, legitima hæreditas non defertur. *L.* 39. *ff. de acq. vel amitt. hæred.* provisio enim hominis tollit provisionem legis. *Nov.* 22. *cap.* 2. & lex silet, ubi homo loquitur

Q. Jam in hoc §. qui testamento tutores dare possint? & quibus tutor testamento dari possit? & rescribit *Imperator* 5

in hæc verba: *permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare.*

Dicitur I. *Parentibus*, hi enim pro liberis optimum & saluberrimum capere consilium, iisque rectissimè velle prospicere creduntur, ob singularem & summam affectionem, quâ illos prosequuntur. *l.* 3. §. 1. *ff. de admnist. & pericul. tut. Harp. n.* 4. & 5. *hic.* Et cùm tutelæ datio sit effectus patriæ potestatis, ideò sub *parentibus* illi duntaxat intelliguntur, qui liberos in potestate habent, puta, *pater*, *avus*, *paternus*, &c. concordat *M. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung*. (*Nova Austr. Tut. ordinatio*) *tit.* 2. §. 1. hinc

Excluditur I. Mater *l.* 69. *ff. de legat.* 2. quia mulierum consilium fragile, infirmum, & præceps reputatur. *l.* 22. *Cod. ad SC. Vellejan. Manz. n.* 7. Concidit jus Austriacum. *loc. cit.* §. 2. *Ausser, &c. i. e. præter supra dictos parentes, potest nemo, ne mater quidem vel avia, liberis Tutores dare in bonis quæ à patre defuncto, avo, proavo, vel aliunde sunt profecta.* Sed

6 Q. I. *Quid si mater de facto testamento dederit tutorem filio suo?*

Circa hanc quæst. ocurrunt. *L. pater* 4. *ff. de testam. tut.* & *L. mater* 4. *Cod. eod.* quæ sibi invicem videntur contrariari.

Ut in concordiam reducantur, adminiculò distinctionis controversia dirimatur, necesse est. Refert nimirum, an mater simul filium heredem instituerit, nec ne? si simul hæredem instituerit, datus tutor prævia confirmari debet inquisitione. *d. l. pater.* 4. Sin minùs, solet ex voluntate tutor datus à judice matris confirmari *d. l. mater* 4.

Dico, *solet.* Sic enim *textus* loquitur relinquendo arbitrio Magistratûs, an tutorem, ita à matre datum confirmare ve-

Kees ad Instituta.

lit, nec ne? Secùs est in casu, quò mater filium hæredé instituit; tunc enim, si præmissa inquisitione judex eum idoneum esse cognoverit, debet ipsum tutorem confirmare. *Brunnem. in d. L. mater* 4. *Clariss. D. Franz. l.* 1. *tit.* 14. §. 2. Idem obtinet de jure Austriaco *loc. cit.* §. 2. *Jedoch. &c. i. e. attamen mater & avia non prohibentur, in bonis à se relictis, minorennibus liberis vel nepotibus dare Tutores, quos tamen à Magistratu prævia inquisitione confirmari oportet.*

II. A fortiori excluduntur, qui non sunt ex numero parentum, ut *patronus*, *patravus*, *frater*, aut quivis alius extraneus. Si ergò hæ personæ tutorem testamento dederint, datio non valet ipso jure; si tamen impuberem simul hæredem instituerint tutor datus prævia inquisitione, an idoneus sit, à Magistratu confirmabitur. *L.* 4. & 5. *ff. de confir. tut. l.* 28. §. 2. *ff. de testam. tutel.*

Dicitur II. *Liberis impuberibus.* Quia puberibus non dantur tutores, sed curatores; curatores autem testamentò dari non possunt. §. 1. *instr. de curat.* Aliud obtinet de constitutione inferioris Austriæ. *Gleich wie, &c. i. e. Sicuti in Archiducatu nostro Austriaco nullum hactenus, eo respectu, habitum est discrimen impuberum & minorum, Tutorum & Curatorum; idem in posterum obtinebit atque debebit Tutela vel administratoria auctoritas utrorumque usque ad ætatem à nobis post hac definitam, tam in personam quam in bona durare.*

Dicitur III. *quos in potestate habent.* Tutelæ enim datio est effectus patriæ potestatis, effectus autem non est sine causa, *Manz. n.* 10. *hic.* Unde

Colliges I. Patrem non rectè tutorem dare filio emancipato, si tamen dederit, confirmandus est tutor simpliciter, i. e. sine inquisitione §. *fin. Inst. lib.* 1. §. 7

2. *ff. de confirm. tut.*

Colliges II. Patrem multò minùs rectè tutorem dare filio suo naturali tantùm, si tamen dederit, confirmandus est sine inquisitione in casu, quo aliquid rel quit; si nihil, cum inquisitione. *L. 7. ff. & L. ult. Cod. de confir. tut. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. th. 2. lit. C. Wisenbach. par. pandect. 50. th. 12.*

AD ℣. ET HOC IN FILIOS.

Cùm liberorum appellatione contineantur tam filii, quàm nepotes *L. 84. l. 201. ff. de V. S.*

Q. *utrùm etiam nepotibus testamento tutores dari possint.* ℟ & ℞: posse: dummodò post obitum avi, in potestatem patris recasuri non fiat, qui enim patrem habent, à quo regantur, consilio tutoris non egent, & tutela est potestas in capite libero, qui verè in potestatem recidit, liber non est.

8 Q. I. *An filio exhæredato dari possit?*

Dixeris, quòd non I. per *l. 26. §. 2. ff. de testam. tut.* ubi dicitur: *propter litem inofficiosi testamenti ordinandum exhæredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem à prætore confirmari oportet.* En! tutor filio exhæredato datus a prætore confirmandus est; *ergò* non est jure vel rectè datus: quoniam quæ ipso jure subsistunt, confirmatione judicis opus non habent,

II. Qui testamentò tutor datur, non potest separatim sine pecunia dari *L. 53. ff. de V. S. ergò* exhæredato non datur tutor: cùm nihil habeat ex testamento,

III. Tutor non potest dari, nisi suo hæredi. *L. 73. §. 1. ff. de R. J. Nemo potest tutorem cuique dare, nisi ei, quem in suis hæredibus, cùm moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset.* Sed exhæredatus non est suus hæres *l. 1. §. 10. ff. de suis & legit. hæred. ergò.*

Verum his non obstantibus communi DD. suffragio munita sententia est, quæ sustinet: *exhæredato tutorem rectè dari. Hunn. var. resol. lib. 1. tract. 4. q. 4. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. th. 2. lit. A. & B. §. 3. n. 13. Inst. h. t. Clariss. D. D. Franz. lib. 1. tit. 14. Inst. n. 4.*

Prob. I. Pater potest liberis suis impuberibus, quos in potestate habet, tutorem dare §. 3. *hic & l. 1. ff. de test. tut.* atqui exhæredati liberi manent in potestate patris, quia exhæredatio non est modus solvendi & extinguendi potestatem patriam. *arg. tot. tit. inst. quib. mod. jus patr. potest. sol. ergò* liberis exhæreditatis rectè datur tutor.

Prob. II. *Per apert. text. l. 4. ff. de testam. tut. Pater hærede instituto filio, vel exhæredato tutorem dare potest.*

Nec dicas, quòd talis tutor confirmatione indigeat; præter hoc enim, quòd lex de confirmatione nullam faciat mentionem, exhæredatus cum instituto eadem ratione conjungitur, sicuti proinde tutor filio instituto datus absque confirmatione rectè datur; ita pariter exhæredato sine ea rectè dabitur.

Ad I. ℞. Ibi committi fallaciam non causæ ut causæ; causa enim, cum tutor exhæredato datus confirmari debeat, non est, quia exhæredato datus est, sed quia exhæredatus testamentum in quo tutor eidem datus erat, quærelâ inofficiosi impugnavit. Unde statim ibidem subjungitur: eventum rei judicatæ declaraturum, utrùm tutor ex testamento patris, an ex decreto prætoris authoritatem acceperit. Nam si exhæredatus filius in judicio vincat, tunc testamentum erit nullum, & consequenter etiam tutoris datio olim nulla erat, adeòque ut valeret, authoritate judicis opus fuit. Si verò pupillus exhæredatus succumbat, tunc valebit testamentum, & in eo facta tutoris datio, ut confirmatione opus non sit.

Ad

Ad II. Facilis est solutio: sensus enim legis talis est, non posse patrem de sola tutela librorum suorum in testamento disponere, nisi simul de pecunia sua sive rebus disponat, hæredemque in testamento instituat.

Ad III. Patet solutio ex dictis; negatur suppositum, per exhæredationem Jus suitatis tolli. Deinde *ad l.* 1. §. 10. ℞. per exhæredationem Jus suitatis tantum tolli in *actu secundo*, quatenus nimirum ab hæreditate removetur. In actu enim primo exhæredatus tamen manet suus hæres, quia non desinit esse in potestate patris, & proximo gradu, quæ duo suitatem constituunt. §. 2. *Inst. de hæred. qualit. & differ.* aliter. ℞. *Harp. loc. cit.*

§. Cum autem 4.

9 Q. hic: *An pater non tantum liberis tam natis, sed etiam primum nascituris & posthumis, qui post sepulturam, & humationem patris nascuntur, tutorem dare possit?* ℞. quòd sic, posthumi enim pro jam natis habentur, quoties de illorum commodo agitur *l.* 7. & *l.* 26. *ff. de stat. homin.* si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui forent, in potestate patria; tutor enim non datur nisi suis hæredibus. *text. hic.*

§. Sed et 5.

Hujus §. explicationem habes ex dictis suprà §. 3. *h. t. vers. colliges* 1.

Claudat hunc titulum

10 Illa ingens & multorum scriptis nobilitata controversia, possitne tutela Electoralis testamentò deferri v. g. Q. *An Elector Imperii filio suo primogenito impuberi possit testamento alium tutorem dare, quam proximum agnatum?*

Huic quæstionem ansam præbet Aurea Bulla *tit.* 7. quæ ita sonat: *Si principem Electorem mori, & hæredes legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit, tunc frater senior primogeniti, ejusdem scilicet defuncti tutor eorum & administrator existat.* ex his verbis

Videtur erui posse, quòd proximus agnatus senior ita necessario tutor existere debeat, ut in ejus præjudicium alius testamento dari nequeat. Ita docent *Herme. fascic. Jur. publ. cap.* 18. *n.* 48. *Harp.* §. 2. *Inst. de legit. agnat. tut. n.* 4. *Treutl. vol.* 2. *disp.* 8. *th.* 3. *lit. A. Limnæ. ad cap.* 7. *Aur. Bull.* §. 2. *obs.* 11. *Bechmann. exercit.* 5. *ad Aur. Bull. n.* 30. & *seqq. Scharschmid. vol.* 1. *exercit.* 8. *th.* 12. *lit. A.*

Moventur I. Aurea Bulla expressè sancit; ut proximus agnatus hæredis Electoralis impuberis, usque ad XVIII. annos completos tutor & administrator existat; *ergò* hoc jus agnato proximo per testamentum auferri haud poterit *l.* 11. *ff. de R. J.*

II. Tutela Electoralis est juris publici; juri autem publico testator derogare non potest, *l. Jus publicum* 38. *ff. de pact. l.* 42. *de oper. libert.*

III. Si proximus agnatus eò demum casu admitteretur ad tutelam Electoris impuberis, quo non adest tutor testamentarius, Aurea Bulla otiosa foret, utpote quæ nihil disponeret novi, sed idem, quod lex XII. *Tab.* statueret, vi cujus etiam proximus agnatus tutor est, si testamentarius deficiat.

IV. Successio Electoralis non stat in arbitrio & dispositione Electoris; *ergò* neque tutela, quia tutor separatim sine pecunia dari non potest *l.* 53. *ff. 4. V. S.*

V. Si tutela Electoralis penderet ex arbitrio Electoris, posset eandem deferre Principi extraneo; sed hoc videtur repugnare rationi status & reipubl. utilitati, quæ vult, secreta Electoria non

Q 2 propa-

propalari; *ergò* ex arbitrio Electoris pendere non debet.

VI. Historici commemorant, quòd Fridericus Ludovici IV. Electoris Palatini Frater, spretâ dispositione testamentariâ tutelam filii impuberis gesserit. Idem etiam fecerit Casimirus frater Ludovici V. qui contemptâ voluntate ultimâ se ad tutelam Friderici impuberis intruserit; & proinde tutela Electoralis testamento deferri posse non videatur.

Verùm his rationibus in contrarium nihil moventibus, teneo tutelam Electoralem à patre Electore alii, quam proximo agnato deferri posse, *ita Glettle tract. de testam. cap. 2. §. 1. num. 3. Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. th. 3. lit. A. q. 21. Vitriar. in Jus publ. lib. 3. tit. 11. n. 4. & 5. solidè Clariss. D. Franz. Inst lib. 1. tit. 14. n. 10.*

Prob. hoc unico sed solido fundamento: Jus novum Aureæ Bullæ eundem sensum recipit, quem jus vetus; sed jus vetus disponens, quod proximus agnatus debeat esse tutor Electoris impuberis, recipit hunc sensum, nisi alius testamento tutor datus sit; *ergò* jus novum etiam hunc sensum recipit, quòd proximus agnatus tutor esse debeat, nisi alius testamento datus sit. Accedit, quod omnis constitutio nova ita explicanda sit, ut quàm minimè recedatur à jure ordinario, *arg. l. 27. C. de testam. & l. 32. §. ult. Cod. de appellat.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, & quidem

Ad I. ℞. Verum esse, quòd Aurea Bulla disponat tutelam proximo agnato deferendam esse; sic enim verba sonant: *Tunc frater senior ejusdem primogeniti tutor & administrator existat.*

Verùm enim verò ista constitutio hunc sensum & conditionem recipit, *nisi Elector pater testamentò alium tutorem dederit.*

Esto, jus vetus disponat agnatum debere esse tutorem agnati impuberis, per hoc tamen non excluditur tutor testamentarius; *ergò* etiam esto, jus novum Aureæ Bullæ dicat, fratrem seniorem debere esse tutorem Electoris impuberis, per verba tamen hæc non excludetur tutor testamentò datus.

Ad II. ℞. Nos non ire inficias, quòd Elector Aureæ Bullæ, tanquam juri publico derogare aut præjudicare non possit. At falsum est suppositum, quòd dando tutorem testamentarium Aureæ Bullæ deroget, aut præjudicet; cum Aurea Bulla tutorem testamentò dare non prohibeat.

Ad III. Falsum esse, quòd otiosa esset constitutio Aureæ Bullæ & nihil novi statueret. Nam I. sancit aliquid novi in hoc, quod *ex l. XII. Tab.* non tantùm senior agnatus, sed reliqui omnes agnati gradu pares ad tutelam admittantur. At jure Aureæ Bullæ solus agnatus senior ad tutelam vocatur. II. De jure XII. *Tab.* tutela tantum durat usque ad XIV. an. si masculus, si fœmina sit usque ad XII. Aurea Bulla autè disponit, ut Elector impubes usque ad XVIII. an. tutorè habeat.

Ad IV. ℞. à successione Electorali non rectè argumentum duci ad tutelam, nam de successione feudali neque alii Principes Imperii disponere possunt, & tamen possunt testamentò tutorem dare. *Ergò* esto successio Electoralis non stet in arbitrio Electoris, hinc tamen non sequitur in eodem neque tutelæ stare assignationem.

Ad V. Dico, ex illo argumento plus non sequi, quàm ad tutelam Electoralem non faciè extraneos vocandos esse. Quòd si tamen de facto extraneus ad eandem invitaretur, non video, quo prætextu repelli possit, præcipuè, quia fortissima juris præsumptio est, quòd pater filio

filio suo optimè prospexerit, & extraneum majori fortè filio suo utilitati, quàm fortè proximum agnatum fore.

Deinde in controversiam non id adducitur, possitne ad tutelam Electoralem extraneus vocari, sed an possit agnatus remotior? quod affirmamus.

Ad VI. ꝶ. Exemplis non restringi regulam, neque quid fiat, sed quid fieri debeat, attendendum esse, *l. 12. ff. de offic. præsid.*

Taceo, quòd recentiora adductis exempla prostent, quibus patet, tutelam Electoralem testamentò fuisse delatam, exclusò agnatò proximò. Sic annò 1613. Fridericus IV. Elector Palatinus tutelam Electoralem testamentò detulit Joanni Bipontino, exclusò fratre suo seniore Philippo, quam Bipontinus usque ad annos majorennitatis Friderici V. constanter administravit.

Item Maximilianus I. Elector Bavariæ omisso fratre suo Alberto tutelam filii sui Ferdinandi Mariæ, detulit Serenissimæ suæ conjugi Mariæ Annæ, quam usque ad legitimam filii ætatem produxit. *Clariss. D. Woller. quæst. select. q. 6. sect. 2. num. 22.*

TITULUS XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSINT.

SUMMARIA.

1 *Filiusfam. tutor rectè datur.*
2 *Pater an pro filio tutore teneatur.*
3 *Servus an possit tutor dari?*
4 *Minor & furiosus sub conditione tutores rectè dantur.*
5 *Quid si minor veniam ætatis impetraverit?*
6 *Tutor testamentarius sub conditione rectè datur.*
7 *Secùs tutor legitimus vel dativus.*
8 *Certæ rei tutor dari non potest.*
9 *Tutor filio datus censetur quoque datus posthumo.*
10 *Non verò nepoti.*
11 *Secus si liberis datus sit.*

CONNEXIO.

Vidimus, qui testamento tutores dare, & quibus dari possit? sequitur, quinam tutores testamento dari possint. Ubi regula occurrit, quòd omnis possit testamento tutor dari, qui non prohibeatur.

AD PRINCIP.

Q. hic. *an filiusfam. tutor dari possit?* 1
Ratio dubitandi est, quia qui ipse in potestate est, alium in potestate habere non potest. *l. 21. ff. ad leg. Jul. de adult.* sed filiusfam. ipse in potestate est, ergò. II. Tutor tam in judicio, quàm extra judicium pupillum defendere debet; atqui filiusfam. sine consensu patris in judicio stare non potest. *cap. 3. de judiciis in 6.* ergò.

Verùm his nihil refragantibus ꝶ. in *textu* hic, quòd non solum paterfam. sed etiam filiusfam. tutor dari possit. *Ratio* est in aperto, quia tutela est munus publicum *princip. Inst. de accusat. tut.* in causis autem publicis filiusfam. reputatur pro patrefam. *l. 9. ff. de his, qui sui*

vel alieni Jur. Manz. Inst. hic Hertogg. n. 1. hic.

Ad. I. dubitandi rationem ℞. non potest alium habere in potestate ejusdem generis *conc.* diversi generis *neg. ma.* vel aliter; in simili *conc.* in dissi. *neg. Major.* Itaque qui in potestate patria est vel dominica, non potest alterius dominus esse, vel patriam potestatem in alium habere. Ut autem filiusfam. habeat servum sub sua potestate, ut pupillum sub tutela, hoc non implicat.

Ad II. ℞. quòd filiusfam. nomine suo sine venia patris non possit stare in judicio, secùs autem nomine alieno, ut *tutorio* vel *procuratorio.*

2 *Dubitatur*: An pater pro filiofam. tutore teneatur? sive an si filiusfam. tutelam malè administret, pater ejus ob id conveniri possit, & in quantum?

In hac quæstione prodeunt duo *textus*, qui sibi invicem contrariari videntur I. *est in l. 7. ff. de tutel.* aliter in *l. 21. ff. de administrat. tut.* Ille asserit, quòd pater in solidum: Hic quod peculiò tenùs duntaxat teneatur. Res adminiculo distinctionis dirimenda est, an videlicet pater tutelam agnoverit, necné? Si non agnovit, peculiò tenus tantummodò tenetur in solidum. *d. l. 7.* Agnovisse autem censetur, si vel ipse simul gessit, vel gerendi filio expressè consensit, vel denique si periculum tutelæ quasi in se nominatim recipit. Sanè si pater filio gerenti tutelam, non expressè v. g. *jubendo, approbando*, sed solum modò tacitè; h. e. non contradicendo consenserit, agnovisse tutelam non censetur. *Harp. Inst. n. 7. hic Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. th. 2. lit. f. quæst. 14.* Aliter conciliat istos duos textus *Schamb. hic Brunnem. in d. l. 7. Mynsing. In l. hic.*

§. SEDET I.

Q. In hoc §. *an servus possit tutor dari?* ℞. I. non posse dari à judice, *per l. 7. Cod. qui dar. tut.* quoniã judex servo alieno libertatem neque expressè neque tacitè dare potest. ℞. II. ut iste §. benè percipiatur, distinguendum esse I. inter servum proprium & alienum. II. Inter dationem puram & conditionatam. III. Inter dationem erroneam, & eam, quæ procedit ex certa scientia: Unde 3

Dico I. Si servus per errorem liber putatus testamentò tutor datus sit dationem non valere; consequenter datus tutor, neque liber, neque tutor erit. §. 1. *hic. l. 22. ff. de testam. tut.* Ratio est, quia servus absque consensu domini non potest fieri liber; atqui errantis nullus est consensus. *l. 26. ff. de R. J. & l. 15. ff. de Jurisdict.*

Dico II. Servum proprium rectè testamento tutorem dari & cum libertate, hoc modò: *Davus servus meus liber, & tutor esto.* Et sine libertate, hôc modo: *Davus servus meus tutor esto.* In utroque casu servus accipit libertatem directam, illo expressam, hoc tacitam. Licèt proinde sine libertate servum tutorem dederit, tacitè tamen eam dedisse censetur constituendo servum tutorem; quia voluntas debet habere exitum, & qui vult consequens, debet etiam velle antecedens. *l. 56. ff. de procurat.* atqui sine libertate nemo potest esse tutor. *Manz. Inst. hic.*

Obji. L. 9. Cod. de fidei Commiss. libert. in qua disertè statuitur, quòd in casu, quo dominus servum tutorem constituit sine libertate, Servus consequitur libertatem fideicommissariam; ergò falsum est, quòd consequitur directam. Sunt, qui inter §. 1. *hic* & *d. l. 9.* antinomiam statuunt. Sed malè! Dic legem oppositam loqui

loqui de casu, quo servus proprius tutor datus est, sed vel *in codicillis*, vel *in testamento* quidem, est *verbis precariis. Vinn. & Ludwel. Inst. hic.* fusius explanantem vide *Manz. Inst. hic. & Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. th. 2. lit. F. q. 15.*

Dico III. Servum proprium duntaxat pure utiliter tutorem dari, contrà inutiliter sub conditione, *si liber erit*; qui dominus intelligitur potiùs ludere & jocari, quàm seriò agere, si enim ipsum liberum esse velit, id in ejus arbitrio est & voluntate. *Manz. hic* 20.

Dico IV. Servum alienum utiliter testamentó tutorem dari sub conditione: *Si liber erit*; & hujus dationis effectus erit, quòd hæres intelligatur à testatore rogatus, ut si possit, servum emat, à domino, emptum manumittat, & hoc modo viam præbeat ad tutelam. *l. 10. §. 4. & §. fin. ff. de testament. tutel.* contrà purè servus alienus inutiliter tutor datur: *ratio*, quia nemo servo libertatem concedere potest invito domino, ne cuiquam auferatur Jus suum, & nemo nisi dominus disponere de statu servi sui valeat.

§. FURIOSIS 2.

Q. In hoc §. *An furiosus*, vel *minor 25. annis tutor testamento dari possit*? Ratio dubitandi consistit in §. 13. *Inst. de excusat. tut.* ubi dicitur: *incivile fore eos, qui alienò auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam, vel curam subire.*

Verùm hac ratione dubitandi non obstante R. *Imperator* furiosum, vel minorem testamentò tutorem rectè dari, & ita datum perinde haberi, ac si datus esset sub conditione vel die, quo nempe furiosus compos mentis, vel minor 25. annis major factus fuerit. Cessante enim causa prohibitionis & impedimenti, necesse est, ut ea ipsa prohibitio, impedimentùmve cesset. *arg. l. 79. §. penult. & ult. ff. de legat. 3. & cap. 6. ✠ de appellat.*

Sed quid interim faciendum? R. Interim alius à Magistratu tutor datur, qui desinit statim, postquàm minor testamentò datus majorennis, vel furiosus sanæ mentis factus fuerit. *§. 1. Inst. de attil. tut. l. 11. q. de testam. tut.*

Quod si minor ejus ætatis foret, ut evadere non posset majorennis ante pubertatem ejus, cui tutor datus est, fortè quia minor est 16., pupillus verò novem annorum, tunc tutoris datio inutilis foret, & locus fieret non tutelæ dativæ, ita *Bachov. Vinn. & Ludwell. Inst. hic.*

Quæstio consurgit, an, si minor jam impetrasset veniam ætatis, an non saltem tunc poterit tutor esse ante conplementum. 25. anni? 5

Dixeris quòd sic, quoniam major 2. annis potest esse tutor, sed minor post obtentam veniam ætatis habetur pro majore 25. annis? ergò poterit esse tutor. Sed tenendum contrarium. Ita *Haunold. de J. & J. tract. 4. c. 4. controv. 2. n. 229. Inst. hic n. 1.*

Ratio: quia venia ætatis minoribus ad hoc solùm conceditur, ut duntaxat de rebus propriis liberiùs possint disponere, non etiam, ut ad aliena negotia valeant accedere. *l. 2. Cod. de his. qui ven. ætat. impetr.*

Ratio melior & efficacior est hæc, quia ut quis possit esse tutor requiritur, ut bona ejus possint tacitè hypothecari pupillo *l. ult. Cod. de legit. tut.* bona enim tutorum ipso jure tacitè obligantur pupillo pro officio administrationis. *l. 2. de administ. tut.* atqui bona minorum etiam post obtentam veniam ætatis non obligantur hôc modô, sed ut taliter obligentur, necessaria est interpositio decreti

ti judicis. *l. Cod. de his, qui veni. ætat.* ergò, &c.

Ad rationem dubitandi ℞. minorem, qui veniam ætatis obtinuit, non simpliciter & per omnia haberi pro majorenni, sed in certis casibus à lege expressis *d. t. de his, qui ven. ætat.* concordat. *N. Oeneue Gerhabschaffts. Ordnung. tit.* 16. §. 3. *Wann. &c. i. e. Si Princeps territor. interrogato judice veniam ætatis pupillo dederit ante id tempus; hic qui pupillus erat, non poterit jure, ante ætatem illam finiendæ tutelæ, de bonis suis immobilibus, vel de sorte pecuniaria, aut rebus pretiosioribus, si hujusmodi rebus facultates maximè consistent, quicquam grandius, nisi prævia Judicis scientia, alienare aut sub prætextu renumeratoriæ donationis excutere.*

§. Ad certum 3.

6 Tutor non tantum purè, sed etiam sub conditione, ad certum tempus vel ex certo tempore in testamento rectè datur; sub conditione hoc modò. *Si Cæsar Turcam vicerit, Titius tutor esto.* Ad certum tempus hunc in modum: *Titius tutor esto usque ad tres annos.* Ex certo tempore taliter: *Titius post annum à morte mea tutor esto. Ratio* hujus est, quia lex adeò confidit de paterno consilio, ut quò modò liberis suis prospexerit, ratam habeat ipsius voluntatem. Ut autem pupillus interea non maneat indefensus, pendente cõditione vel die succurrit illi Judex vel Magistratus, supplens factum testatoris, defectùmque temporis, aut conditionis, tutorem interim aliô à se datô.

7 Dices: tutor legitimus & dativus neque sub conditione neque ad tempus, neque ex tempore dari potest *l. 6. §. 1. ff. de tutel.* ergò neque testamentarius. ℞. *conc. ant. neg. cons.*; *ratio differentiæ* est, quia tutela dativa & legitima sunt actus legitimi, qui diem vel conditionem non recipiunt. *L. 77. ff. de R. J.*

Ratio alia, quia si pater testamentò sub conditione vel ex certo tempore tutorem dat, tunc potest Magistratus intereà vel posteà de alio tutore providere *Treutl. vol. 1. disp. 8. th. 2. lit. l.* Si autem Magistratus sub conditione tutorem daret, nemo esset, qui defectum istum suppleret. *Manz. & Harp. hic.*

Ad vers. vel ante.

Q. In hoc; *an ante institutionem hæredis tutor dari possit?*

Ratio dubitandi est, quia legata & tutelæ datio in multis æquiparantur; sed de jure antiquo legata ante hæredis institutionem fieri non poterant. §. 35. *Inst. de legat.* ergò.

Verum cùm legata hodie & ante, & post hæredis institutionem relinqui possint, *d.* §. 35. Ideò & tutelæ datio & ante & post hæredis institutionem rectè fit.

§. Certæ. 4.

Certæ rei vel causæ tutor dari non potest, v.g. hôc modô: *Titius Tutor esto fundi Tusculani, vel ejus litis, quam habeo cum Sempronio. Ratio* est in *textu*; quia tutor personæ datur, non rei; cum itaque persona divisionem non recipiat, consequenter neque bona, ut accessorium sequatur suum principale. Planè si pupilli utilitas exigat, ut tutor certæ causæ & rei detur, fortè quia pupillus patrimonium habet tam amplum, tam diffusum, atque dispersum, ut unus bonis omnibus administrandis non sufficiat, sustinetur datio, quà unus negotiis hujus provinciæ, alter negotiis provinciæ alterius præponitur, quò ipso tamen casu non tam tutela, quàm administratio censetur divisa, *l. 15. ff. de testam. tut. l. 27. ff. de tut. & curat. dat. Clariss. D. D. Franz.* 8

Franz. Inst. de tutel. n. 7. Brunnem. ad d. l. 15. ubi datio tutorum valet, qua unus rei Africanæ, alter rei Syriacæ, vel Romanæ datus est. *Concordat. N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 4. §. 3. Es Können ein &c. i.e. possunt unus, duo pluresve tutores dari, prout se habet substantia pupilli, vel res a se invicem longe sunt dissitæ, &c.*

§. Si Quis Fin.

Q. *Quibus personis ex vi verborum censeatur tutor testamento datus?*

9 R. I. Si testator filiis, vel filiabus tutores dederit, præsumitur etiam posthumæ, vel posthumo dedisse. *l. 5. de testam. tut. Ratio* additur in *textu*: quia filii vel filiæ appellatione etiam posthumus & posthuma continentur, & posthumi in favorabilibus pro jam natis habentur. *l. 7 ff. de stat. homin.*

10 R. II. Si quis filiis tutorem dederit, nepotes non includuntur, *ratio* est in textu, *&. l. 6. ff. de testam. tut.* aliter enim filii, aliter nepotes appellantur, filius enim ille dicitur, qui ex te & uxore tua natus est, nepos, qui ex filio tuo.

Dices: appellatione filiorum etiam nepotes continentur *l. 201. ff. de V. S. ergo &c.* R. ant. procedere, si sit justa ratio extendendi, & voluntas disponentis, vel æquitas id suadeat. Nostro autem casu non est justa ratio recedendi à proprietate verbi; cum nepotes, si non habent tutorem à testatore, facile possint habere a lege, vel Magistratu. *Manz. hic n. 4.*

R. III. Si quis liberis suis tutorem dederit, nepotibus quoque dedisse intelligitur; quoniam liberorum appellatione etiam nepotes, & cæteri descendentes continentur. *l. 220. ff. de V. S. Mynsing. num. 3.* 11

R. IV. Si quis posteris tutorem dederit, tunc omnes indistinctè liberi continentur. *arg. l. 33. §. 1. ff. de legat. 4.*

R. V. Si quis filiis tutorem dederit, filiabus quoque dedisse censetur, Masculinum enim comprehendit fœmininum. *l. 1. ff. de V. S. l. 116. ff. eod.* Aliud longe afferendum, si filiabus tutor datus sit, hoc enim casu filii neutiquam comprehenduntur: siquidem exemplo pessimum foret fœminino vocabulo masculos contineri *l. 45. ff. de legat. 2.* quoniam veteres mollem & enervatum virum vocabulo fœminino nominarunt. *Brunnem. in d. l. 45.*

TITULUS XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

SUMMARIA.

1 *Agnatus quis dicatur.*
2 *Item quis cognatus?*
3 *Agnationis & cognationis differentia hodie sublata est.*
4 *Mulieres à tutela removentur.*
5 *Mater potest esse tutrix.*
6 *Tutela legitima, quando locum habeat.*
7 *Agnatio quibus modis tollatur?*

Dictum est, tres esse species tutelæ, *testamentariam, legitimam, & dativam.*

Hucusque dispeximus, quid sit testamentaria: sequitur, quid sit tutela legitima, quæ IV. sub se species continet, puta *legitimam Agnatorum, Patronorum, Parentum, & fiduciarium tutelam.*

Ad Princip.

Si nullus testamento tutor datus est, aut datus decesserit, lex XII. *Tab.* proximis agnatis tutelam impuberis defert: ratio est in *L.* I. *ff. de legat. tutel.* ubi dicitur summa providentia statutum esse, ut qui sperarent successionis commodum, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur; & secundum naturam est, ut commoda sequantur eum, quem sequuntur incommoda. *L.* 10. *ff. de R. J.* concordat *N. Oe. Neue Gerhabschaffts-Ordnung. tit.* 3. §. I. ubi commodo successionis privantur, qui sine justa causa legitimam tutelam in se suscipere detrectant. *Und. da &c. i. e. Si nulla sufficienti causa se excusaverint, ipsis quoad personam, spes succedendi in hæreditate pupilli erit præclusa; ad heredes tamen eorum nihil ex ea rependere tenentur.*

§. Sunt autem I.

1 Agnati dicuntur, qui per virilis sexus cognationem conjuncti sunt, veluti *frater ex eodem patre natus, fratris filius nepósve ex eo.* Item *patruus patruelis*, & cæteri omnes, qui eadem insignia, & eandem familiam nobiscum habent. Cognati sunt qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur. v. g. filius sororis meæ, filius amitæ meæ, item avunculus, frater uterinus & consobrinus.

2 Olim lex XII. *Tab.* solos agnatos ad tutelam vocabat, eo quod in delatione tutelæ secuta sit eos, qui ab intestato hæreditatem sperabant *l.* 73. *ff de R. J.* atqui agnati in successione ab intestato excludebant cognatos: ergo primo loco lex XII. *Tab.* eis tutelæ onus deferebat.

3 Verum hodie omnis differentia agnationis & cognationis tam quoad successionem ab intestato, quam quoad tutelam sublata est, & tam agnati quam cognati æqualiter non ad successionem duntaxat, sed ad tutelam admittuntur *aut sicut hæreditas. Cod. de legit. agnat. tutel.*

Unde jure novo sine ullo discrimine agnationis & cognationis is, qui proximus est, sive cognatus sive agnatus sit, legitimus tutor est *d. auth. hæreditas & Nov.* 118. *cap.* 5. Quod si plures sint agnati vel cognati ejusdem gradus omnes simul ad tutelam vocantur, *l.* 9. *ff. de legit. tut.* Si tamen tot forte agnati & cognati simul concurrant, ut non expediat à tam multis tutelam administrari, tunc Judex magis idoneo administrationem decernet, periculo tamen omnibus imminente qui ad tutelam vocati sunt, & bonis ipsorum tacite pro securitate administrationis obligatis. *d. Nov.* 118. *cap.* 5. *Brunnem. tract. de tut. tit.* 4. *n.* 18. *Schmeid. Inst. hic. n.* 19. Sed quod de periculo omnibus imminente dicitur, non putat observari jure nostro, nec eorum bona tacite obligari, qui non dati sunt tutores. *Brunnemann. in d. auth. sicut hæreditas.*

Dices. Ex hactenus dictis sequitur, 4 quod ad tutelam etiam fœminæ v. g. *soror, amita, fratris filia* admittendæ sint, cum & hæ agnatæ sint. R. Mulieres ex alio capite ab officio tutelæ removeri: tametsi enim agnatæ aut cognatæ sint, ad tutelam tamen non admittuntur; quoniam officium tutoris publicum & virile est, mulieres autem ab omnibus officiis publicis abstinere debent. *l.* 2. *ff. de R. J. & L.* I. *Cod. quando mulier. Manz. n.* 5. *hic.*

Excipitur sola mater, quæ si velit, 5 admittitur ad tutelam legitimam liberorum suorum, exclusis omnibus à latere conjunctis. *Nov.* 22. *cap.* 40. *Nov.* 94. *cap.* 1. Tenetur tamen renunciare beneficio senatus consulti Vellejani & secundis nuptiis, suaque insuper obligare bona

l. 3.

3. *Cod. quand. mulier. tut. off. Clariss.* D. D. *Franz. Inst. h. t. n.* 2. De jure Austriaco ita obtinet. *Ist der Kinder &c. i. e.* *i liberorum mater naturalis adhuc vivit, im ipsi tutelam liberorum gerere volenti, ec ulla suspicione gravatæ, debet ex veteri onsuetudine, tutela deferri; ei tamen a idice ipsam confirmante, semper adjunentur unus aut duo idonei nec suspecti utores è cognatis aliove loco, qui cum tutelam administrabunt & rationes init. N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung.* t. 3. §. 2.

§. QUOD AUTEM 2.

Q. hic, *quando tutelæ legitimæ locus it?* R. si quis pater mortuus sit intestatus, qualis hic non ille duntaxat intelligitur, qui omnino non vel testamentum invalidum fecit, sed ille quoque, qui in testamento tutorem non dedit, vel si datus tutor mortuus, aut aliter inhabilis ictus sit.

§. SED AGNATIONIS FIN.

Q. In §. quibus modis jus agnationis, consequenter legitima tutela, quæ agnatis defertur, finiatur, aut tollatur; R. uod agnatio (h. e. illa prærogativa, qua gnati præferuntur cognatis in successionibus & tutelis) qualibet capitis diminutione tollatur. Maxima & Media, quia per eam quis tollitur è numero civium Romanorum, adeoque redditur incapax civilis officii, quale est tutela. Minima v. g. arrogatione, emancipatione; quia mutatur familia, consequenter perditur jus agnationis, *text. hic & l.* 7. *ff. de capite diminut.*

Cognatio minima capitis diminutione (an maxima vel media videbimus *seqq. tit.* §. 6.) non perimitur, ratio *differentiæ* est, quia agnatio est juris civilis, cognatio vero juris naturalis. *L.* 10. §. *inter agnatos ff. de grad.* Et capitis diminutio est etiam juris civilis. *l.* 8. *ff. de capite diminut.* quare agnatio utpote civilis per capitis diminutionem, pariter civilem tollitur: cognatio utpote naturalis non item, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non etiam *l.* 8. *ff. de R. J. Mynsing.* §. *pen. de cap. diminut.*

Hodie postquam sublata est differentia inter agnatos, *Nov.* 118. *cap.* 5. & *sicut hereditas de legit. agnat. tutel.* minima capitis diminutione tutela legitima non permittitur; adeoque frater emancipatus ad tutelam liberorum fratris sui haud aliter, quam ad successionem admittitur. *Manz. num.* 6. & 7. *hic Harp. num.* 5.

TITULUS XVI.

DE CAPITIS DIMINUTIONE.

SUMMARIA.

Capitis diminutio quid?
Quotuplex sit?
Quid sit maxima?
Quid media?
Quid minima?
6 *Cognatio maxima & media capitis diminutione tollitur.*

AD PRINCIP.

Q. In hoc principio, quid & quotuplex sit capitis diminutio? Ad I. R. *Imperator,* quod *capitis di-* *minutio*

minutio fit prioris status mutatio. Ubi tamen sciendum, quod caput hic non accipiatur, pro capite naturali, sed metaphorice pro statu seu conditione hominis. Unde Thomas Morus Angliæ Cancellarius dicere consuevit, *Capite quis minui potest, etiamsi non lædatur.* Cum vero status, sive conditio hominis sit qualitas personæ, consistens in tribus, ideo R. ad II. quod capitis diminutio triplex sit: *maxima, media, & minima.*

§. MAXIMA I.

Maxima capitis diminutio est, quando quis amittat omnia tria, libertatem, civitatem, & familiam; quod fit, cum quis per sententiam capitalem ad mortem condemnatur, siquidem is servus pœnæ efficitur. Item quando major 20. annis ad participandum pretium se venundari passus sit, & quando libertus propter ingratitudinem condemnatur, & in servitutem redigitur. *hic.*

Hodie de jure novo damnati ad ultimum supplicium pœnæ servi non efficiuntur. *Nov. 22.cap.8.& auth. sed hodie de donat. inter vir. & uxorem.* Et tametsi aliqui istam Novellam de eo duntaxat casu intelligant quo quis ad metallum, vel triremes condemnatus est: *Mynsing. hic. n. 1. & 2. Wesenb. n. 4. Gomez. ad leg. Taur.4 n.2.* magis tamen arridet eorum dogma, qui illam Novellam ad omnes indistincte damnatos extendunt, eo quod Novella generaliter his verbis sanciat: *Nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum. Confer. Hunn. ad Treutl.vol.2.disp.31.th.6.q.52. Harp. hic n. 7. Carpz. quæst. 135. n. 4. ubi ait:* delinquentes ad mortem condemnatos, nequaquam servos pœnæ effici, nec facultatem contrahendi, testandi, aliaque jura civibus Romanis competentia amittere.

§. MINOR 2.

Media capitis diminutio est, quando 4 quis libertatem retinet, civitatem vero & familiam admittit; quod contingit illi, cui aqua & igni interdictum est, h. e. qui privabatur communione aquæ & ignis, quæ pœna vix non eadem cum pœna mortis fuit; horum enim elementorum usu in hac vita nemo carere potest.

§. MINIMA 3.

Minima capitis diminutio est, cum libertas & civitas retinetur, familia autem 5 mutatur, idque fit per arrogationem, ubi arrogatus, qui erat sui juris, alieno juri & potestati subjicitur. Item per emancipationem, quia hoc casu filius fit sui juris, incipiens habere propriam familiam.

§. SERVUS. 4.

Servus manumissus è servitute capitis diminutionem non patitur, quia ante caput civile non habuit, sed id primo per manumissionem acquirit. *Manz. hic.*

§. QUIBUS AUTEM. 5.

Q. *An constitutum in dignitate patiatur capitis diminutionem, si ea privetur, & dignitatem amittat?* R. *negative*; quia neque libertatem, neque civitatem, neque familiam amittit, ut sic non statum, sed dignitatem mutet.

§. QUOD AUTEM. 6.

Diximus ad §. *fin.præced.tit.* quod cognatio omnis minima capitis diminutione non perimatur.

Q.Hic, *an maxima vel media solvatur?* & R. quod sic; jure enim civili non habetur ulla ratio cognationis in eo, qui cœpit esse servus vel peregrinus. *Perez. Inst. hic,* quoniam capitis diminutio maxima & media morti assimilatur. *l. 63. §. ult.*

ult. ff. pro socio l. 209. *ff. de R. J. Harp. n.* 2. *hic.*

Non obstant *l.* 8. *ff. de R. J.* ubi dicitur, jura sanguinis nullo jure civili dirimi aut immutari posse. R. Enim: jura sanguinis cognationis dupliciter accipi. I. *Naturaliter*, h. e. pro eo jure, in quo solo sanguinis conjunctio spectatur. II. *Pro jure quod cognatus propter cognationem jure civili defertur.* I. Sensu, si jus sanguinis accipiat, nullo jure civili dirimi aut immutari potest, ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat, qui frater, desinat esse frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, fratrem & sororem consistant. II. Sensu acceptum jus cognationis potest certis personis adimi; ut ecce, jus civile potest efficere, ut filius patri, frater fratri certo casu non succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi, aut inde cognati, vocetur. Hæc enim jura, licet naturalia recte dicantur; quia nimirum propter cognationem naturalem competunt: cum tamen inter cives tantum instituta sint, etiam ad jus civile suo modo referuntur *l.* 17. §. 1. *ff. de pæn.* Unde fit, ut etiam civili constitutione, h. e. capitis diminutione perimantur, ita solide discurrit. *Vin. Inst. hic.* 1.

§. CUM AUTEM FIN.

Quid si plures sint agnati, ad quos pertinebit tutela? R. ad eos, qui proximiores sunt in gradu; naturale enim est, ut, qui emolumentis habent prælationem, sint & in oneribus sustinendis anteferendi.

Quod si plures ejusdem gradus sint agnati, ad omnes simul tutela pertinebit: ejus tamen administratio maxime idoneo à judice decernenda est; ita tamen, ut non eo minus ad reliquos spectet periculum tutelæ, si male administrantem removeri à tutela non curaverint. *Perez. Inst. hic. Harp. hic. n.* 2.

TITULUS XI.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

SUMMARIA.

1 *Quid sit legitima Patronorum tutela?*
2 *Unde descendat?*

Dictum supra fuit, IV. esse species tutelæ legitimæ. Primam discussimus, subjicitur modo II. Species, quæ vocatur *legitima patronorum tutela.* Cujus casus est: si quis Dominus servum impuberem manumittat, & is tutore indigeat; tunc tutela non quidem ex verbis, sed ex mente Legis defertur patrono, ejusque liberis, *Text. hic.* Dicitur *ex mente Legis*, quia in L. XII. *Tab.* nihil expresse, aut disertis verbis dispositum, cautumque fuit, adque adeo propter identitatem rationis, ob quam agnati ad tutelam vocantur, Patronus ejusque liberi ad tutelam libertorum constringuntur; cum ibi debeat esse tutelæ onus, ubi est successionis emolumentum. *l.* 3. *ff. de legit. tutel.* & *l.* 10. *ff. d. R. J.*

TITULUS XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

SUMMARIA.

1 *Casus legitimæ parentum tutelæ.*
2 *Introducta est ad exemplum patronorum tutelæ.*

TErtia legitimæ tutelæ species est *tutela Parentum*, pro qua figuratur iste casus: Pater filium suum impuberem emancipat, & emancipatus tutore opus habet. Unde Pater legitimus ejus tutor erit non ex verbis, neque ex mente Legis, sed ad exemplum patroni.

Dico I. *Non ex verbis*, quia lex XII. *Tab.* de agnatis duntaxat ait: Pater autem filio emancipato agnatus esse desinit, utpote agnatione per nimiam capitis diminutionem sublata. *Harp. n.* 2. *hic.*

Dico II. *Neque ex mente Legis*, quia pater olim ad successionem liberorum emancipatorum non admittebatur, sicut patronus ad successionem liberti. *Manz. n.* 5.

Dico III. *Sed ad exemplum patroni*: pater enim qui emancipat filium comparari solet patrono manumittenti servum, §. 6. *Inst. quib. mod. Jus pat. potest sol. Harp. n.* 1. *hic.* 2

TITULUS XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

SUMMARIA.

1 *Tutela Fiduciaria cui deferatur; Illa ab usu recessit.*

FIduciaria tutela est, quæ defertur I. patri in Filium suum impuberem ab avo emancipatum. II. Fratri in fratrem è Patre emancipatum. III. Patruo in Patruelem a fratre emancipatum. Jure novo quia omnis differentia inter agnatos suos, & emancipatos quoad legitimas successiones & tutelas sublata est. *Nov.* 118. *cap.* 5. Nulla amplius est tutela fiduciaria, nulla parentum alia, quam agnatorum, sed una tutela legitima, ad quam cognati non minus, quam agnati admittuntur, eo gradu ac ordine, quo ad successionem. *Perez.* & *Schneid. hic.*

TITULUS XX.

DE ATTILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

SUMMARIA.

1 *Tutela dativa definitur.*
2. 3. 4. 5. & 6. *Quando locum habeat?*
7 *Quæ veniant in inquisitionem tutoris?*
8 *Tutelæ datio est actus Jurisdictionis.*

CON-

CONNEXIO.

POstquam lanci appendimus tutelam testamentariam & legitimam, sequatur tertia tutelæ species, quæ *dativa* seu *honoraria* appellatur, eamque definire possis, quod sit ea, quam Magistratus tutore testamentario & legitimo deficiente defert. *à Someting. Inst. hic n.* 1.

AD PRINCIP.

Q. Hic, quomodo prospectum sit pupillo, si pater ejus nullum ei in testamento tutorem assignaverit, vel si nullus ex consanguineis adsit? R. quod tunc pupillo a Magistratu tutor dativus *text. hic.* concordat *N. Oe. neue Gerhabschaffts-Ordnung. tit* 4. § 1. Olim tutores in urbe à prætore, in provinciis vero à Præsidibus dabantur. Hodie quilibet Magistratus vi suæ jurisdictionis tutorem dare potest. Recess. Imper. *de anno* 1577. *tit.* 3.

§. SED ETSI I.

De casu, quo nullum omnino tutorem habet pupillus, jam brevissime dictum est: sequitur modo, quid juris, in casu, quo ex testamento quidem tutorem habet, sed impeditum? R. tunc etiam tutorem dativum assignandum esse *text. hic.* Recensentur autem IV. casus, quibus tutor testamento datus tutor esse impeditur.

I. Casus est, si tutor testamento datus sit conditione, *juxta* §. 3. *Inst. qui testam. tut. dar. poss.* Hoc casu ne pupillus maneat indefensus, alius interim ei tutor à Magistratu constituitur. Sed cur legitimus non admittitur? R. Ideo, quia quamdiu tutela testamentaria speratur, legitimæ non est locus. *l.* 11. *ff. de testament. Manz. n.* 4.

II. Casus est, si tutor in testamento datus sit ex certo die: puta, ut post biennium tutor sit. Hoc in casu medio tempore, dum transit biennium dativus tutor substituitur; ratio est eadem, ne pupillus interim indefensus, & multorum insidiis expositus maneat. *l.* 8. §. 1. *de testam. tutel. Harp. hic n.* 1.

III. Casus est, quo tutor testamento datus ideo tutor esse non potest, quia hæres institutus diu non adit hæreditatem, sed deliberat, num adire velit, nec ne? Hoc in casu interea pupillo datur tutor dativus, qui desinit esse tutor, si postea hæres hæreditatem adierit. *Manz. num.* 5. *Schneidevv. n.* 3. 5

§. AB HOSTIBUS 2.

IV. Casus est, si tutor testamento datus captus est ab hostibus, tunc enim, donec ex captivitate revertatur, medio tempore alius à Magistratu tutor surrogatur, qui tutor esse desinit, si captivus in civitatem reversus fuerit, quo in casu omnia jura, adeoque etiam tutelam jure postliminii recipit. §. 5. *Inst. quib. mod. pat. potest. solv.* 6

§. SED EX HIS.

Dictum est olim jus dandi. Si tutorem in urbe pertinuisse ad Prætorem; in provinciis vero ad Præsides, idque ex constitutione Legis Attiliæ, & Legis Juliæ, & Titiæ. Jam *Imperator* hic explicat secundum Jus seu tempus, quo licentia dandi tutores pertinuit ad Consules ad Prætores, qui tutores non simpliciter sicuti ex Lege Attiliæ, & Legis Juliæ, dabantur, constituerunt, sed I. debebant cautionem præstare rem pupilli salvam fore. II. Poterant compelli, puta remediis Prætoris, mulcta, auctoritate Prætoria ad suscipiendam tutelæ administrationem; quæ duo capita de jure primo non obtinebant, *fuse Manz. hic. Harp. n.* 3.

Porro

Porro *tutores dativi*, ait textus, *cum inquisitione dari solent*.

7 Q. *Quid veniat in inquisitionem?* R. à Magistratu IV. inquirenda esse I An tutor dandus sit vir bonus, honestus, & integræ ac probatæ vitæ? Tutor primario datur personæ; ne proinde pupillus malis moribus imbuatur, bonus ei tutor dandus erit: trahuntur enim, ait Seneca, à conversantibus mores.

II. An sit locuples, ne detur occasio grassandi in bona pupilli.

III. An se ipsum intrudat, qualis suspectus est, *l.* 21. *§. fin. de curat. dat.*

IV. An tutelam pecunia ambierit, qui longe magis foret suspectus. *d. l.* 31. *Vinn. Inst. hic. Manz. n.* 6. Concordat Jus Austriacum *loc. cit.* §. 2. *Die Tauglichkeit &c. i.e. An tutor sit idoneus, id ex eo æstimatur, si sit vir honestus, intelligens, integer, & quantum obtineri poterit, locuples, fundos possidens, judici qui eum constituit, tutelæ saltem ratione subjectus; si a judice superioris instantiæ dependeat, huic beneficio, saltem quoad hoc negotium renunciet: maxime autem nullus admittatur qui seipsum intrudere voluerit, quive pupillo ob æs grande sit obstrictus.*

Dices. Tutores ex inquisitione dati cautione non onerantur, quia inquisitio loco cautionis est, *l.* 12. *ff. de tutel & curat.* ergo male hic de cautione exigenda a tutoribus subjicitur. R. Tutores ex inquisitione datos quidem onerari cautione fidejussoria bene vero illa, quæ per nudam stipulationem, qua rem pupilli salvam fore promittunt, perficitur. *Schamb. vers. dices hic.*

§. SED HOC JURE 4. ET §. NOS AUTEM 5.

Quandoquidem hodie tutoris datio 8 est jurisdictionis ordinariæ h. e. quilibet Magistratus tutorem dare potest & debet hoc ipso, quod Magistratus sit, *ord. polit. de anno* 577. *tit.* 32. Ideo operam ludunt, qui circa hos duos §. §. diu se detinent.

§. IMPUBERES 6.

Reddit *Imperator* hic rationem; quare tutela introducta sit, ideo nimirum, quia naturali juri ac rationi conveniens est, ut. qui perfectæ ætatis non sunt, alterius tutela regantur. Ex quo sua sponte fluit, tutelam saltem quoad originem juris naturalis esse. *Harp. hic. d.* 2. & 4. *Vinn. hic.*

§. CUM ERGO FIN.

Q. Hic, *ad quid teneantur tutores?* R. *Imperator*, quod finita tutela suæ administrationis teneantur rationes reddere. *L.* 1. *§. ult. & l.* 4. *ff. de tut. & rat. dist.*

Dixi finita tutela, ubi observa; quod licet de jure communi a tutoribus, non nisi tutela finita, rationes suæ administrationis exigi possint, de jure tamen Austriaco tutores singulis annis etiam non moniti, suæ administrationis Magistratui, cujus jurisdictioni pupillus subjectus est, reddere tenentur, nisi pater pupilli per ultimam voluntatem eos ab onere rationum exemerit. *N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit.* 7. *§.* 1. quæ constitutio utique magna ratione nititur, ut nimirum tutores, qui male administrant, quantocyus removeantur.

TITU-

TITULUS XXI.

DE AUTHORITATE TUTORUM.

SUMMARIA.

Tutor non debet prius administrationem suscipere, quàm ei à Magistratu decreta sit.
Inventarium conficere tenetur.
Idem idoneam cautionem praestare.
Nec non sollicitam curam pupillorum gerere.
Tutor res pupillares, & quales alienare possit?
Res servando servabilis quae dicantur?
In quibus causis authoritas tutoris necessaria sit?
Si pupillus sine authoritate tutoris contrahit, contractus dicitur claudicare.
An tutor honorarius pupillo author fieri possit? solvuntur argumenta contraria.
o *An pupillus sine tutoris authoritate possit adire haereditatem?*
1 *Et quid si haereditas sit opulenta?*
2 *Quando tutoris authoritas adesse debeat?*

CONNEXIO.

Satis de tutela in genere & specie tempus est, ut de officio tutorum agamus, quod praecipuè consistit in praestatione authoritatis, de qua, priusquàm agamus, lubeat hic in vestibulo aliqua, quae etiam ad tutoris officium spectant enumerare, ubi misso jure antiquo, videbimus, quid jure novissimò Imperii & Austriae nostrae ad tutoris officium desideretur.

Requiritur autem I. ut tutor, quiscunque ille sit, *testamentarius, legitimus* sive *dativus* administrationem rerum pupillarium non antè suscipiat, quàm à Magistratu eidem decreta fuerit. *Ord. Imper. polit. de anno* 1577. *tit.* 32. §. 1. *Struv. ad Pand. exercit.* 30. *th.* 29. Concordat Jus Austriac. *loc. cit. tit.* 10. §. 1. *Es hat. &c. i. e. nemo se tutelae antè immisceat quàm ei judex litteris aliove modo mandaverit.*

II. Requiritur, ut post decretum interpositum decurrat protinus ad confectionem inventarii, *d. ord. Imper. polit.* §. 3. *concordat jus Austriae loc. cit. tit.* 8. §. 2. *Ist er &c. Q. Tutor est primus, debet statim a judice inventarium seu fidelem accuratamque universae pupilli substantiae descriptionem confici curare, rerum sc. tam mobilium quàm immobilium, ut hac ratione res pupillares suscipiat.* Et haec confectio inventarii adeò est necessaria, ut tametsi defunctus per ultimam voluntatem eam fieri prohibuerit, nihilominùs non debeat omitti; imò omittens, tanquam suspectus à tutela removendus sit, *d. const. Aust.* §. 6. & 7. 2

III. Ut idoneam cautionem praestet, rem pupilli salvam fore, &

IV. Ut juramentum praestet: quòd utilitati pupilli omni meliori modò providere, & tutelam fideliter administrare velit. *d. ord. Imp. polit.* §. 3. 3

De jure Austriaco, qui bona habent immobilia, neque cautionem, neque juramentum ratione tutelae fideliter gerendae praestant, secùs illi, qui nulla habent in Austria bona immobilia. *N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung.* tit. 7. §. 3.

V. Ad officium tutoris requiritur, ut solicitam pupillorum curam agat, eos paterno affectu prosequatur, ab injuria defen- 4

Kees ad Instituta. S

defendat, & in disciplina, timoreque Domini educet. Præterea alimenta pro conditione status iisdem decernat, facultates à parentibus relictas illis conservet & augeat potiùs, quam consumat. Denique id omne faciat, quod exigit officium boni & probati viri. Quemadmodum enim sacræ paginæ multa in favorem orphanorum decernunt, ita gravissima comminantur illis, qui pupillos lædere, vel contemnere perperam ausi fuerint. *Viduæ & pupillo*, inquit Dominus *Exod.* 22. *non nocebitis, si læseritis eos, vociferabuntur ad me, & ego audiam, percutiamque vos gladio, & erunt uxores vestræ viduæ, & Filii vestri pupilli.* Tam grave nimirum & periculosum est officium tutorum, ut *Tholosan. Syntag. Jur. lib.* 11. *cap.* 6. *n.* 1. *disertè proloquatur*, eos, qui memoriam Dei habent, difficulter ad tutelam accedere. Confer. *Illustriss. L. B. & Nob. D. ab Andlern. Jurisprud. quà publ. privat. lib.* 2. *tit.* 1. *p.* 1. *n.* 9. & 10.

5 Q. I. *An tutor res pupillares alienare possit?* ℟. adminiculò distinctionis; vel enim res sunt mobiles vel immobiles. Res immobiles tutor alienare non potest, nisi justa causa subsit, & solenne decretum judicis, nec non causæ cognitio interveniat, *l.* 6. *l.* 12. *l. ult. Cod. de præd. & aliis reb. minor. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t.* §. 4. *n.* 6. concordat jus Austr. *loc. cit. tit.* 11. §. 2. *Wie sie dann &c. i. e. Igitur nullam rem pupilli immobilem aut fundum, nisi judice cognoscente ac consentiente vendere, aliove modo qualicumque alienare non possunt, nisi &c.*

6 Res mobiles sunt vel servando servabiles, v. g. *aurum, argentum, gemmæ, monilia, torques, bibliotheca* &c. vel servando non servabiles, puta, *vestes, frumentum, vinum, oleum*, &c. Res prioris generis tutor alienare non potest sine decreto judicis, *l.* 22. *Cod. de administ. tut. Brunnem. ibid.* Res posterioris generis tutor liberè alienat. *d. l.* 22. *N. Oe. neue Gerhabschaffts-Ordnung. loc. cit.* §. 3. & §. 4.

Hæc sufficiant de officio tutoris: sequitur de Præstatione authoritatis, quæ nihil est aliud, quam *approbatio ejus, quod cum pupillo geritur, Perez Inst. hic*: sive est vis illa, ac potestas, quam tutores habent in persona pupilli, ejusque rebus administrandis, ut pupillus nihil agere possit, nisi tutore authore, sine quo nec velle nec nolle habere dicitur. *L.* 189. *ff. de R. J.*

Q. Hic in principio, in quibus causis & negotiis authoritas tutoris necessaria sit vel non sit? Justinianus, in quibusdam causis necessarium esse, in quibusdam vero non. 7

Necessaria non est pupillo authoritas tutoris in iis causis, in quibus pupillus conditionem suam meliorem facit. *text. hic. Ratio*, quia, cum pupillus sit liber & actuum civilium capax, ideò in ejusmodi causis intellectus ipsius, licet imperfectior, habetur pro pleno & perfecto, ne, quod in favorem & commodum pupilli introductum est, in ipsius perniciem convertatur; cum alias ætas in damnis faciat minoribus subvenire non obesse in rebus prospere gestis. *l.* 14. *Cod. de Procurat. Perez in Cod. de auth. & consf. tut. n.* 5. *Struv. Exerc.* 31. *th.* 43. Unde

Colliges, posse pupillum sine tutoris authoritate stipulari, ut sibi aliquid detur, *text. hic.* remittatur, quod debet. *l.* 2. *ff. de accept.* donetur *l.* 9. *ff. de auth. & consf. tut.* ratio, quia per istas causas conditionem suam meliorem facit; concordat jus Austr. *loc. cit. tit.* 14. §. *ult. Was aber &c. i. e. Quod vero pupillo libere, nulloque gravi incommodo dabitur, id poterit ille, absque tutoris consensu valide legitimeque accipere.*

Necessaria autem est Pupillo tutoris autho-

authoritas in causis, in quibus pupillus suam causam fecit deteriorem. *text. hic* & *l.* 28. *ff. de pact.* ratio non est alia, nisi favor pupilli, & infirmitas pupillaris ætatis, cui jura omni meliori modò provident, ne detrimentum capiat. *Manz. n.* 1. *Harp. n.* 3. Deteriorem vero suam conditionem pupillus facere dicitur, quoties de eo obligando, vel rebus ejus alienandis agitur. *Schamb. Inst. hic.* Unde

Colliges, pupillum non posse se solò celebrare contractum v. g. *emere*, *vendere*, *locare*, *conducere*, *societatem coire*, aut *alio quocunque modo rem alienare aut distrahere*, &c. ratio horum omnium est, quia tales causæ sunt, ut exinde pupilli conditio reddi possit deterior. *Schneid. n.* 8. & *communiter omnes*, *concordat jus Aust. loc. cit. tit.* 14. §. 1. *per tot.*

Dices: pupillus, qui doli capax est, obligatur ex delicto tam civiliter, quam naturaliter, sine authoritate tutoris, ergo etiam ex contractu. ℞. *negando conf.* Disparitas est, quia delicta impunita manere non debent, neque quis ob ætatem sperare debet impunitatem. *l. impunitas Cod. de pæn.* ne pupillo detur occasio delinquendi.

Urges: Pupillus obligatur tutori naturaliter & civiliter: tenetur enim actione tutelæ contraria; *ergo* etiam aliis ita obligatur. ℞. *nego conseq.* quia prius in commodum ipsorum pupillorum, ut tutores libentius res eorum administrent, ex legis fit dispositione. *Schamb. Inst. hic.*

AD VERS. UNDE.

8 Quid si defacto pupillus sine tutoris authoritate contraxerit, & contractum ultro, citroque obligatorium inierit? v.g. *aliquid vendiderit*, *locaverit*? ℞. *Imperator*, quód tunc, licet alias sit regula, quod contractus claudicare nequeat. *l.* 1. *ff. de restind. vend.* Hoc tamen casu ex uno tantum latere constet, & alter qui cum pupillo contraxit, obligetur, pupillus vero non obligetur, ac proinde contractus claudicet, & hoc favore ætatis pupillaris. Alter vero sibi debet imputare, quod cum pupillo contraxerit, qui scivit, vel scire debuit, pupillum non obligari, *Manz. n.* 6.

Dices: ergo nec pupillus rem venditam poterit repetere, & pretium non tenetur restituere? ℞. vel pupillus ex pretio factus est locupletior vel non. Si prius, emptor pupillum tamdiu per exceptionem doli repellit, donec pretium restituatur; non enim debet pupillus velle locupletari cum alterius jactura contra *l.* 209. *ff. de R.J.* & *cap.*48. *de R.J. in* 6.

Si ex pretio non est factus locupletior, sed illud perdiderit, aus inutiliter expenderit, emptor tenetur rem venditam pupillo sine refusione pretii restituere. *Schneid. Inst. hic n.* 10. *Concord. Jus Aust. loc. cit. tit.* 4. §. 2. *Wann der &c. i. e. Si pupillus pignus aut pretium rei venditæ, aliquamve pecuniam seu quantitatem acceperit, idque inutiliter expenderit, amiserit aut male verterit, non tenebitur pecuniam acceptam refundere.*

Q. II. *An tutor honorarius*, qualis ille dicitur, qui sine administratione constitutus est, ad hoc, ut tutoris administrantis observator, & inspector sit, *pupillo fieri author possit*? ℞. reperiri hoc in passu duos textus, qui inter se vehementer colliduntur. 9

I. Est in *l.* 49. *ff. de acq. vel amitt. hæred.* his verbis: *Pupillus etiam eo tutore authore, qui tutelam non gerit, hæreditatem adeundo obligatur.* Alter *est in l.* 4. *ff. h. t. Si tutor authoretur, cui administratio tutelæ concessa non est, id ratum a Prætore haberi non debet.*

Varii variè istos textus sibi invicem desponsant. Mihi arridet illa solutio, quæ

S 2 distin-

diſtinguit, an tutori honorario adminiſtratio tutelæ negata ſeu interdicta ſit, necne? Priori caſu procedit. *lib.* 4. cui ſuffragatur *l.* 4. §. 1. *ff. de ſolut.* ubi tutori cui interdicta eſt adminiſtratio, non recte ſolvitur. Poſteriori caſu locum habet *d. l.* 49. Ita *Braun. tract. de tutel. tit.* 8. §. 6. & 7. Aliter rem explicat. *Bachov.* & *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 12. *th.* 12. *lit. A.* B. & C.

10 Q. III. *An Pupillus ſine authoritate tutoris obligetur ſaltem naturaliter?* Fumoſa & famoſa eſt hæc controverſia, anxié non minùs a JCtis, quam a Theologis agitata, in qua, ne illotis, ut ajunt, manibus procedamus,

Præmitto I. Certum eſſe, quòd pupillus, in quantum ex contractu aliquo factus eſt locupletior, obligetur *naturaliter* & *civiliter*. Naturaliter, quia natura æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem: *l.* 206. *ff. de R. J.* Idque corroboratur per *l.* 13. §. 1. & *l.* 14. *ff. de condict. indeb.* Civiliter, quia pupillus ſine tutoris authoritate contrahens & locupletior effectus efficaciter poteſt conveniri in foro civili. *l.* 5. *ff h. t. ergo* obligatur non tantum naturaliter, ſed etiam civiliter; cum ſola obligatio naturaliter de jure noſtro tam efficax non ſit, ut actionem generet. *Ita Glettle tractat. de pact. cap.* 4. §. 2. *n.* 8. *Schamb. Inſt. hic. Schneid. n.* 13. *Harp. n.* 30. *hic.*

Præmitto II. Certum etiam eſſe, quod poſſit princeps ex juſta cauſa voluntatem ſubditorum ita inhabilitare, ut quantumvis ſe obligare velint, id nequeant tamen efficere. Sic defacto videmus, quod Concilium Tridentinum clandeſtina matrimonia ita inhabilitaverit, ut, licet partes in vinculum matrimonii conſenſerint, *nulla tamen neque naturalis, neque civilis naſcatur obligatio*, præterea *voluntas prodigi ita eſt inhabilitata à Lege, ut neque naturaliter obligetur. l.* 6. *ff. de V. O.* Ratio hujus potentiæ eſt; quia omnis illa poteſtas legislatori concedi debet, quâ negatâ is non poſſet felicitari reipub. ſufficienter conſulere, atque mala communi bono multum adverſa é repub. eliminare, ſed negata poteſtate ita inhabilitandi ſubditorum voluntates, ut neque naturalis obligatio exinde oriatur, princeps non poſſet felicitati reipub. ſufficienter conſulere; ergò &c.

Præmitto III. In pupillo duplicem obligationem naturalem conſiderari poſſe, unam *veram*, & alteram *fictam*. Vera dicitur, quæ naturaliter obligat ipſum pupillum. Ficta quæ facta relatione ad perſonam pupilli perinde ſe habet, ac ſi non eſſet. Habito vero reſpectu ad perſonam tertii, fingitur in ordine ad certos effectus in pupillo exiſtere, v. g. *fac pro pupillo promittente aliquid interveniſſe fidejuſſorem.* Hoc in caſu pupillus obligatur naturaliter, non vere, quaſi ipſe pupillus adimplere promiſſum teneretur, ſed fictè, ut nimirum tertius, id eſt, fidejuſſor obligetur. Ita ſolidiſſime diſcurrit *Glettle loc. cit. n.* 7. his prælibatis,

℟. Ad propoſitam controverſiam, pupillum ſine tutoris auctoritate contrahentem, non obligari obligatione naturali vera, ſed ſolummodo ficta. Ita *Glettle loc. cit. n.* 3. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 6. *th.* 5. *lit. B. Bachov. ib.*

Diſſent. *Zoëſ. ff. de obligat. & act. n.* 48. *Harp. Inſt. hic n.* 29. *Arumæ. exercit.* 3. *th.* 3. 13. *Cblingenſp. Inſt. h. tit. quæſt.* 6.

Prima ſententia argumentis nititur haud contemnendis.

I. Deſumitur ex *l.* 59. *de O. & A.* his verbis: *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem Jure naturali obligatur.* Idem probat *l.* 41. *ff. de condict. indeb. Pupillus ſine authoritate tutoris ſtipulanti promit-*

promittendo & solvendo repetitionem habet, quia nec natura debet.

II. Depromitur ex *d. l.* 41. & *l.* 29. *ff. eod.* ubi dicitur, quòd pupillus soluti habeat repetitionem; ergò naturaliter non obligatur, naturaliter enim debita, si solvantur. repeti non possunt. *l.* 10. *ff. de O.* & *A. l.* 16. §. 4. *ff. de fidejuss.*

III. Sic adorno. Certum est & indubitatum, jura voluisse Pupillis omni meliori modò providere, & eorum indemnitati consulere; atqui si pupillus non debitò modò contrahendo obligaretur naturaliter, parùm jura ejus indemnitati prospexissent: quid enim juvaret pupillos, *à foro civili obligatos non esse, ex conscientia tamen teneri ad implendam contractûs Legem*? Quid obsecro, iis profuturum existimas, actione civili non posse inveneti, posse tamen compelli per denuntiationes Evangelicas: ne ergò uberrimus & profusissimus legum favor, qui ubique luculenter emicat, restringatur, dicendum omninò erit, pupillum ex contractu, sine authore tutore inito, nullatenus obligari.

Non obstat I. Quòd ad obligationem naturalem nihil requiratur, quàm serius & deliberatus consensus; talem verò posse à pupillo elici; ergò. ℞. enim non qualemcumque consensum sufficere ad producendam obligationem naturalem; potest enim etiam prodigus elicere consensum, sed debet talis esse consensus qui Lege non sit irritatus & inhabilitatus.

Dices: Lex non potuit irritare consensum, & obligationem exinde descendentem, quia alias immutaret Jus naturæ, quoad ad obligationem naturalem aliud nihil desiderat, quàm serium & deliberatum consensum. ℞ Quòd jus naturæ non positivè & absolutè velit, ut omnis planè deliberatus consensus obligationis naturalis sit, & debeat esse productivus, sed ille duntaxat, qui procedit à tali voluntate, quæ Lege positivâ non sit inhabilitata; quod autem in pupillis illa voluntas inhabilitari potuerit, habetur ex præmissis. Vers. *Præmitto* 2.

Non obstat. II. *l.* 8. §. 6. *ff. de fidejuss.* & *l.* 127. *ff. de V. O.* Ubi fidejussor pro pupillo sine authoritate tutoris aliquid promittente se obligans tenetur; *ergo* signum est, quòd pupillus naturaliter saltem obligetur, quoniam ubi nulla penitus est obligatio, ibi non tenet fidejussio. Siquidem ℞. *dist. conf.* ergò signum est, quòd pupillus obligetur obligatione naturali fictâ, *conc.* verâ, *nego conseq.* Non eo sensu in *dd. ll.* pupillus naturaliter obligatus esse intelligitur, quasi teneretur de jure naturæ solvere vel præstare, quod promisit; sed, ut fidejussor tanquam tertius interveniens verè & effectivè obligetur, qui sibi imputare debet quòd fidejusserit pro tali, quem scire debuisset obligari non posse, *Glettle loc. cit.* ubi plures alias leges eadem distinctione resolvit; & idem, quod de pupillo diximus, statuit procedere in minore, sine curatore suo contrahente, ut nec iste naturaliter obligetur, si locupletior ex contractu factus non sit. *per l.* 3. *Cod. de in integ. restit.* ubi minor comparatur prodigo; atqui prodigus sine curatore suo contrahens non obligatur naturaliter *l.* 6. *ff. de V. O. ergo* neque minor.

Non refragatur *l.* 101. *ff. de V. O.* ubi in hæc verba disertè rescribitur: *puberes ex stipulatu sine curatoribus suis possint obligari.* Siquidem *d. l.* 101. restringenda est ad illas obligationes, *quæ personam concernunt*, non verò præstationem aut alienationem rei, ut sensus sit: minor se obligare potest sine curatore suo ad præstandam operam personalem, v. g. *pingendam tabulam*, *scribendas litteras*; Item *obligatione sponsalitia ad nuptias* &c. Cu-

S 3 rator

rator enim *datur rei non personæ.* Porrò quomodò & quando pupillus vel minor ex delicto obligetur, non hujus est loci excutere. Vide *Schneid. Inst. h. t. n.* 15. *Carpzov. pract. crimin. p.* 3. *q.* 143. *n.* 48. *Menoch. de arbitrar. Jud. lib.* 2. *cas.* 32. *Gomez. var. resolut. lib.* 3. *cap. num.* 57. *& seqq.*

§. NEQUE TAMEN I.

Q. In hoc §. *utrum pupillus sine tutoris authoritate hæreditatem adire, vel bonorum possessionem petere, vel hæreditatem ex fideicommisso suscipere possit?*

Ratio dubitandi est, quia pupillus hæreditatem adeundo videtur reddere suam conditionem meliorem, quod fieri potest sine authoritate tutoris.

Verùm hâc dubitandi ratione non obstante deciditur hîc, quòd neque hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicommisso suscipere possit, nisi cum authoritate tutoris. Ratio fundamentalis hæc est: quia pupillus nullum tale negotium se solo gerere potest, ex quo obligatur; atqui hæres adeundo hæreditatem obligatur legatariis & omnibus creditoribus hæreditariis. §. 6. *Inst. de oblig. quæ ex quasi cont. nasc. ergo* pupillus se solo non potest adire hæreditatem.

11 Sed quid si hæreditas sit lucrosa & opulenta? Adhuc tutoris authoritas interveniat, necesse est; ratio, tametsi enim hæreditas quandoque lucrosa appareat, effectu tamen damnosa esse poterit propter latens fortè æs alienum, sæpè enim contingit, ut plus sperent homines facultatibus, quàm in his est. §. 8. *Inst. quibus ex caus. manumitt. non licet. Schneid. n.* 2. *hic.*

Sed quid in supposito, quòd certò constet hæreditatem lucrosam esse, & non periculosam? Adhuc tutoris authoritas necessaria erit, eò quòd pupillo semper illa necessaria sit, quoties pupillus suam conditionem redderet deteriorem; atqui adeundo hæreditatem pupillus redderet suam conditionem deteriorem, tunc enim dicitur reddere conditionem suam deteriorem, si de obligando pupillo agitur, prout fit per aditionem hæreditatis. *d.* §. 6. Ergò &c. Sanè si fingas hæreditatem talem esse, ut præcisé merum lucrum contineat, nec adsint creditores, legatarii, negotia, offensæ, aut alia quæcunque onera, id totum per accidens est, & nos hæreditatem, [ut ait *Bachov. Inst. hic,*) qualis esse solet, non qualis est ex rarissimo accidenti, consideramus.

Dices. Si pupillus contrahit sine tutore authorante, tunc juxta dicta contractus claudicat; *ergò* etiam in aditione quasi contractus claudicabit, & per consequens pupilli conditio non redditur deterior. ℞. in aditione quasi contractum claudicare non posse, quoniam hæreditas quoad commoda & incommoda, est individua. *Ratio* alia est, quia contrahenti imputari potest, quòd cum pupillo contraxerit tutore non præsente; creditoribus autem hæreditariis nihil simile imputari potest, qui cum defuncto contraxerunt, quem cùm hæres repræsentet, jam non pro pupillo, sed pro defuncto, & loco ejus habetur. *Manz. n.* 5. *hic.*

§. TUTOR. 2.

Q. hic, *quando & quomodo tutoris authoritas interponenda sit?* R. *Imperator,* in ipso negotio, dum actus cum pupillo geritur, interponi debere, quæ enim sunt solenn tatis in ipso actu adhibeantur necesse est. *cap. auditis* 29. ✠ *de elect. pot.* Unde 12

Infertur per nuntium, per epistolam, item

item ex intervallo authoritatem tutoris minùs rectè interponi; quæ enim de forma desiderantur, per æquipollens non adimplentur. *l.* 1. §. 1. *ff. de V. O. Harp. n.* 4. & 5. *Manz. n.* 6.

Hodie hæc scrupulositas in considerationem non trahitur, sed potest tutor & ante & post negotium, per nuntium, sive per epistolam, imò & ex intervallo autoritatem suam interponere. *Vinn. Inst. hic Struv. Exercit*, 31. *th.* 42. *Braun. tract. de tutel. tit.* 8. *n.* 43.

§. SI INTER FIN.

Ex isto §. possis colligere, quid juris, si pupillus cum tutore litem aliudve negotium habeat. Nimirum debet pupillo tutoris loco curator constitui, qui litem, negotiumque gerat: nemo enim in rem suam author esse debet. Iste autem curator, lite finita, vel negotiô peractô curator esse desinit: cessante enim causâ cessat effectus, & limitata causa producit limitatum effectum, nec non, quæ ob causam dantur, ab eadem moderantur. *l.* 37. *Cod. de inoff. test. Schamb. Manz. Schneid. hic.*

Dices: Cur non dabitur interea tutor à Magistratu? R. quia tutor tutorem habenti, non datur. §. *Inst. de curat. d. d. auth.*

TITULUS XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

SUMMARIA.

1 *De jure communi per pubertatem exspirat tutela.*
2 *Quomodo exspiret de jure Austriaco?*
3 *Conditio suspensiva, & resolutiva quid sit.*
4 *Per nuptias in Austria finitur tutela.*
5 *Venia ætatis quando impetretur?*
6 *Quid illa operetur?*

CONTINUATIO.

HUcusque vidimus, quomodo tutela introducatur, tutores constituantur, & authoritas præstetur; videndum modò est, quomodò tutela finiatur, & potestas tutoris iterum dissolvatur: nihil enim est in rerum natura perpetuum. *l.* 2. §. 18. *Cod. de vet. Jur. enucl.*

AD PRINCIP.

1 Finitur tutela I. pubertate, quæ in masculo incipit transacto XIV. anno, in fœmina post XII. Olim pubertatem æstimarunt ex habitu corporis, sive ex inhonesta inspectione oculari habitudinis corporis circa pudenda.

Verum cùm hoc castitati & pudicitiæ contrarium fuerit, *flagitii* enim (inquit *Cicero lib.* 4. *Tuscul. in fine*) *principium, nudare inter cives corpora*: ideò Imperator hoc emendavit, disposuitque, ut Masculus post XIV. fœmina post XII. annum pubescerent; fœmina autem magis propriè viripotens, quam pubes fieri dicitur, *Schamb. Inst. hic.*

De jure Austriaco tutela tunc demum finitur, si masculus XXII. fœmina XX. ætatis suæ annum adimpleverit. *N. Oe. neue Gerhabschaffts-Ordnung.* tit. 16. §. 2. *Waen. der Pupill.* &c. *i. e. ubi pupillus* 22, *pupilla* 20. *ætatis annum adimplevit, non debent tamen ei quorum mores prodigi aut inordinati animadvertuntur, bona statim permitti; sed res judici priùs est deferenda atque hujus mandato subjicienda.* 2

§. ITEM

§. Item finitur

II. Finitur tutela arrogatione, quando pupillus cum consensu tutoris arrogatur, tunc enim subjicitur potestati arrogatoris, & nemo potest existere in duplici potestate.

III. Deportatione pupilli, quia censetur civiliter mortuus, indignus, cui Jus Romanorum utiliter prospiciat.

IV. Servitute, si pupillus libertus propter ingratitudinem, *tutela enim est vis atque potestas in capite libero*, qualis servus non est.

V. Captivitate pupilli, quia captivi servi hostium fiunt; servus autem, utpote caput non liberum, sub tutela non potest existere.

§. Sed esti. 2.

VI. Tutela finitur existentià conditionis, puta: *si testator usque ad certam conditionem tutorem dederit* v. g. donec *Titius Consul factus fuerit*, tunc existente hac conditione tutor talis esse desinit, data enim sub conditione, existentè conditione desinunt. *Manz. n.* 2. *hic* & limitata causa limitatum restrictumve producit effectum. *Harp. n.* 4.

Dixi notanter, *si testator*, quia Magistratus, vel judex tutorem sub conditione dare non potest, quoniam tutela dativa est actus legitimus, qui conditionem non recipit. *l.* 77. *ff. de R. J. Man. num.* 2.

Dices: conditionalia ex eventu conditionis pendent. *cap.* 5. ☧. *de condit, appos.* & *l.* 41. *ff. de condit.* & *demonstrat.* quomodo ergò textus innuere potest, quòd tutor existente conditione tali esse desinat; cùm potiùs dicendum videatur, quòd conditione existente primùm tutor esse incipiat?

Pro solutione hujus dubii notandum est, conditionem esse duplicem, *suspensivam* & *resolutivam.* Suspensiva dicitur his v. g. verbis concepta: *Si Imperator hostes vicerit, si navis ex Asia venerit, Titius liberorum meorum tutor esto.*

Hæc conditio ideò suspensiva dicitur, quia tam diu administrationem tutelæ suspendit, donec conditio eveniat; & de hac conditione verificatur adducta regula: *conditionalia ex eventu conditionis pendent.* Item sub conditione promissa non antè debentur priusquam conditio extiterit *l.* 213. *ff. d. V. S.* Item conditionalia conditione non existente perimuntur. *l.* 8. §. *quod si ff. de peric.* & *commod. rei vend.*

Conditio resolutiva dicitur, talibus v. g. circumscripta verbis: *Titius tutor esto, quousque consul fuerit factus, vel donec Imperator hostes vicerit.* Hæc conditio ferè eadem est cum datione tutoris ad certum tempus: facit enim, ut statim post mortem testatoris tutor quis esse incipiat, talis autem esse desinat, si conditio resolutiva eveniat. De hac conditione loquitur noster *textus*, & de ea procedit ista regula: *sub conditione concessa eveniente conditione resolvuntur, sicuti ad tempus concessa, elapsò tempore censentur negata.* Ita *Manz. n.* 4. 5. & 6. *hic.*

§. Simili 3.

VII. Exspirat tutela morte naturali, seu tutoris, seu pupilli; mors enim omnia solvit, & jura personalia, qualis est tutela, cum persona extinguuntur. *Perez Inst. hic. concordat Jus Austriac. loc. cit. tit.* 16. §. 1. ubi tutoris defuncti hæredibus imponitur necessitas, necem tutoris judicio significandi, ut alius tutor substitui possit.

§. Sed

§. Sed e Capitis 5.

VIII. Evanescit tutela capitis diminutione, & quidem maximâ & media ex parte tutoris; ratio, quia amittit communionem juris civilis. Minima capitis diminutione ex parte tutoris tutela non expirat; quoniam tutela est munus publicum, in munere autem publico filiusfam. habetur pro patrefam. *l.9.ff.de his, qui sui vel alieni jur.*

Secus est ex parte pupilli, ubi minima capitis diminutione tutela perit, quoniam per arrogationem desinit esse sui juris; tutela autem est jus in capite libero. *Manz. Harp. Schneid. hic.*

Dices: Minima capitis diminutione ex parte tutoris legitima tutela perit. *text. hic.* ergò malè indistinctè diximus: minima capitis diminutione ex parte tutoris tutela non expirat. ℞. ideo de jure antiquo per arrogationem tutoris legitimam tutelam periisse, quia legitima tutela est fundata in jure agnationis, quod per arrogationem tollitur. Hodie verò postquam omnis differentia inter agnationem & cognationem sublata est, nulla ampliùs tutela minima tutoris capitis diminutione tollitur, *d.d. auth.*

§. Praeterea 5.

IX. Cessat tutela lapsu temporis; limitata enim causa limitatum producit effectum, & ad tempus permissa, post lapsum tempus cêsentur prohibita. *Harp. hic, concord. jus Austriac. loc. cit. §. 5.*

§. Desinunt. Fin.

X. Finitur tutela per remotionem, quando videlicet à judice tutor, ut suspectus, à tutela removetur.

XI. Extinguitur tutela excusatione perpetua. De his duobus posterioribus infra *tit. 25. & tit. 26.* Deo dante agemus.

XIII. Expirat tutela per nuptias pupilli, pupillæve, vel etiam per professionem in religione aliqua emissam. *N. Oe. neue Gerhabschaffts- Ordnung. tit. 16. §. 4. Wann sich,* &c. i.e. *Si pupillus vel pupilla ante prædictum tempus in matrimonium iverint, vel professionem in religione egerint, erunt eo pacto tutela Soluti.* 4

XIII. Cessat tutela per veniam ætatis impetratam á Principe. Ubi

Notandum, quòd masculus completo anno. XX. fœmina verò exacto annò XVIII. veniam ætatis ab ipso Principe petere, & sic à tutelæ jugo eximere possint. *tot. tit. Cod. de his, qui ven. ætat.* 5

Hæc ipsa tamen veniæ impetratio non facit, quòd minus minor teneatur adhibere decretum Prætoris, si res immobiles alienare aut pignori subjicere velit. *text. express. in l. 3. Cod. quand. decret. non est opus Brunnem. in l. 3. Perez. ad Cod. n. 6. d. t. Concord. jus Austriac. loc. cit. §. 3. Wann. wir* &c. i.e. *Ubi nos, interrogato judice, veniam ætatis pupillo ante illud tempus dedimus, tunc quidem expirat tutela; nec tamen valet qui antè pupillus erat, donec cessantis tutelæ annum adimpleverit, de immobilibus bonis, aut de pecunia quâ maxime constarent facultates, de sortibus aliisve pretiosis mobilibus, quicquam majoris momenti, nisi prævia judicis cognitione, nec sub prætextu remuneratoris donationis aliave ratione, quicquam alienare aut dispergere.* 6

TITULUS XXIII.
DE CURATORIBUS.

SUMMARIA.

1 *Curatela definitur.*
2 *Quibus datur Curator?*
3 *Fœmina cur citius pubescat quam masculus?*
4 *Invitus curatorem nemo accipit.*
5 *Furiosus quis præsumatur?*
6 *Enumerantur casus, quibus etiam pupillis curatores dantur.*

TRANSITIO.

IMperator supra de tutelis dixit, quasdam personas, quæ sui juris sunt, aut esse sub tutela, aut sub curatela. Hactenus de iis, quæ sub tutela, sequitur de his, quæ sub curatela existunt.

AD PRINCIP.

1 Cura seu curatela concinnè describitur, quòd sit potestas in capite libero ad tuenda bona ejus, qui ea per ætatem tueri nequit. Dicitur *ad tuenda bona.* Curator enim primario datur rebus, tutor personæ, *Schneid. Inst. hic. n. 5.*

2 Q. Hic, *quibus curatores dentur?* R. quòd dentur adultis, seu puberibus, minoribus tamen 25. annis; licèt enim (inquit textus) puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri nequeant.

Durat autem ista curatela tam in masculis: quàm in fœminis usque ad XXV. annum. *text. hic.*

3 Sed an, cur fœmina citiùs pubescat, quàm masculus, contrà vero non fiat Majorennis? Hujus rei à variis varias rationes adduci videas. Mihi placet illa, quòd in tutela maturitas corporis attendatur, quæ celerior est in fœminis quàm in masculis; imperfectiora enim citius crescunt. Contrà in curatela spectetur animi, judiciive maturitas, quæ fœminis aut raró aut certò non citiùs, quàm masculis, suboritur. *Manz. n. 3. Schamb. hic.*

§. DANTUR. 1.

Dantur curatores ab iisdem Magistratibus, à quibus tutores. Et sicuti hodie tutoris datio est jurisdictionis ordinariæ, ita quoque curatoris. *Schneid. n. 7.*

In testamento parētibus curatores efficaciter dari non possunt, quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi si velint, res suas administrare possunt, prout §. statim sequēti dicemus. Eadem ratio est, quare pater liberis suis puberibus substituere non possit, scilicet, quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt. *l. 2. ff. de vulg. & pub. subst. Vinn. Inst. hic*

Sanè si curator testamento datus sit; decretò Magistratûs confirmandus est. *text. hic. & l. 2. §. 1. ff. de confir. tut. vel curat. Schamb. hic.*

§. ITEM INVITI 2.

Adolescentes inviti curatores non accipiunt. *text. hic. & l. 13. ff. de tut. & curat.* Turpe enim esse existimabatur puberem esse, & adhuc habere curatorem, quod erat furiosorum & prodigorum proprium. *Harp. n. 2.* 4

Hodie minores æquè ac pupilli, nolint, velint, curatores recipere tenentur. *Ord. polit. de anno 1577. tit. 32. Manz. hic. Brunnem. l. 7. Cod. qui per tut. vel curat. n. 3.* Concord. Jus Austriac. *loc. cit. tit.*

I.

1. §. 2. ubi disertè cautum est, nullam in Austria inter pupillos & Minores, tutores & curatores amplius observari & fieri differentiam.

§. Furiosi 3.

5 Non minorennes duntaxat, sed & Majorennes quandoque sub curatela sunt, ut *furiosi.prodigi* &c. Furiosus autem est, qui usu rationis destitutus, agit cum rabie. *Harp. n.4.* Talis in dubio esse præsumitur, qui per vicos more insanorum loquitur, vel deridendo vadit. Item qui jussit cadaver suum in mare projici, vel qui perpetuo timore agitatur, ne mundus corruat & in præceps feratur, & propterea semper meditatur fugam, vel qui tanta ebrietate gravatur, ut existens in cubiculo credat se navi vehi, & periclitari naufragio, atque eapropter omnia ad levandam navim per fenestras projiciat, prout aliquibus ita contigisse ex Cælio recenset *Menoch. de Præsumpt. lib.4. n. 27. & seqq.*

Prodigus ab Ulpiano *l. 1. ff. de curat. furios.* ille dicitur, qui nempe tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilapidando & dissipando profundit. Hic nos intelligimus prodigum, cui bonorum administratio à Magistratu interdicta est, ut huic non etiam ethicè tali curator dari debeat. *l. 10. ff. de curat.furios. Harp.n.6.hic.à Someting n.7.*

§. Sed Et 4.

Quamvis lex XII. *tab.* solummodò furiosis & prodigis curatores dederit, postea tamen propter similitudinē rationis placuit, ut a Magistratibus etiam nonnullis aliis v.g. *mentis captis*: Item *surdis, & mutis, & perpetuo valetudinariis*; (*denen die stats liegerhafft seynd*,) curatores darentur: ratio, quia etiam hi rebus suis præesse non possunt. Concordat *N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit.5. §.1.*

§. Interdum 5.

Tametsi regulariter curatores nō pupillis, sed minoribus assignentur, patitur tamen ista regula aliquas exceptiones ita, ut etiam pupillis curatores dentur. 6

I. Est, si tutor legitimus, sive à testatore, sive à Magistratu datus vel propter valetudinem, vel propter ætatem, vel propter inopiam, vel propter imprudentiam, aut simplicitatem non sit idoneus ad tuendum pupillum, & ad facultates ejus probè administrandas, tunc tutor utpote dolô aut culpa carens, ab officio tutelæ removendus non est, sed curator ei adjungendus erit. *text.hic. & l. 13. ff. de tut.* Sed cur non datur alius tutor? ratio est *in text.* quia tutorem habenti, tutor dari non potest. Ratio rationis *à Manz.hic.n.6.* multiplex redditur; mihi illa placet, quia tutor vices genitoris agit: sicuti ergò pater patrem habenti non datur, ita neque tutorem habenti tutor datur. *Perez hic.*

II. Exceptio est, si tutor temporali impedimento laboret, ita, ut tutelæ præesse non possit, puta, si legationis causâ, vel alia justa absentia absit, tunc intereà pupillo curator datur.

Dixi *temporali impedimento*, nam si perpetuum esset, non curator sed tutor assignādus foret; qui enim in perpetuum ab onere tutelæ excusantur, tutores esse desinunt. *§.ult. Inst.de excusat.tut. Harp. n. 2.*

§. Quod Si Finalis.

Q. Hic quid agendum, si pupillo controversia, vel processus moveatur, tutor verò fortè propter dignitatem, quia persona illustris est, non possit honestè in judicio comparere? ℞. *Imperator* cum distinctione, vel pupillus præsens est, vel absens est: si præsens, tunc

vel est adhuc infans, vel infantia major. Si infantia major sit, & præsens; tunc potest cum authoritate tutoris procuratorem constituere, *l. 21. Cod. de procurat.* Si pupillus sit absens, vel adhuc infans; tunc tutor cum decreto Magistratus actorem, quem velit, rectè constituit, qui actor periculô tutoris causam peragat, *text. hic. & l. 11. Cod. d. t.* Sed cur non curator, sed actor assignandus? quia curator suo proprio periculo administrat, non periculô tutoris. *Manz. n. 20.* Item cur tutor actorem non verò procuratorem potest ordinare? quia procurator non nisi à Domino constituitur. *Harp. n. 5. Schneid. n. 3.* De jure austriaco ita se habet. *Wann. ein Gerhab. &c. i. e. Si Tutor in litem difficilem Curatorem petat, dabitur ipsi mediante legitima mercede Curator in litem, cui eam proprio & cæterorum Tutorum periculo curare incumbet. N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit. 21. §. 4.*

TITULUS XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

SUMMARIA.

1 *Satisdatio definitur.*
2 *Tutor testamentarius.*
3 *Item ex inquisitione datus non tenetur satisdare.*
4 *Nisi plures dati sint.*
5 *Pupillus quales actiones habeat, si ex administratione damnum passus sit?*
6 *Actio tutelæ subsidiaria quando locum habeat?*
7 *Quid obtineat de Jure Austriaco?*

AD PRINCIP.

ANtequàm Tutores & Curatores administrationem tutelæ vel curatelæ suscipiant, imprimis satisfacere debent, rem pupilli vel minoris salvam fore.

1 Satisdatio autem nihil est aliud, quàm cautio, qua tutor promittit rem pupilli salvam fore, *Manz. n. 2. hic.* hanc tutores & curatores dare tenentur, ne pupillorum negotia ab iis consumantur vel diminuantur, *text. hic.*

AD ℣. SED HOC NON.

Q. Hic, *an indistinctè omnes tutores satisdare cogantur?* ℞ quod non; enim verò

I. Ab onere satisdationis liberantur tutores testamentarii, *text. hic. & l. 4. & 17. ff. de testam. tut.* ratio redditur in ipso *textu*; quoniam fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est, qui optimum pro sua progenie consilium capere intelligitur. *l. 3. §. 1. ff. de administ. & pericul. tut.* 2

II. A satisdationis gravamine eximuntur tutores ex inquisitione dati; quia fides inquisitionis locô satisdationis est. *text. hic. & l. 13. §. ult. ff. de tut. & curat. dat.* 3

Ex dictis sequitur, quòd jure communi inspectô solummodò legitimi tutores, & curatores, item ii, qui à Magistratu sine inquisitione, nec non ii, qui ab extraneo in testamento dati, satisdare teneantur. *Manz. hic.*

Hodie omnes indistinctè tutores & curatores cautionem præstare debent. *Recess. Imp. 1548. Item 1577. tit. 32.*

De

De Jure Austriaco provinciales, qui in Austria possessionati sunt, neque juratoriam, neque aliam cautionem præstant, sed tutela eorum fidei & conscientiæ committitur. *N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit.* 7. §. 3. quo loco plura de cautione tutorum & curratorum possis recipere.

§. Sed Si 1.

4 Dictum est inspecto jure communi, tutores testamentarios ab onere satisdationis immunes esse. Hoc in §. exponitur casus, quo etiam tutores testamentarii, & ex inquisitione dati satisdant: puta, si duo plures que dati sunt tutores, aut curatores, & unus satisdationem offerat; tunc enim contutor, cui offertur satisdatio vel satis accipere, & administrationem tutelæ curæve satisdationem offerenti relinquere, vel ipse satisdare, & solus administratione subire cogitur. *l.* 17. *ff. de testament. tut.* *Carpzov. lib.* 5. *resp.* 82. *n.* 20. estque ratio, quia consultius, utiliusque esse judicatur, ut tutela vel cura geratur per unum, quàm per plures; quòd enim pluribus expediendum committitur, id plerumque segniùs expeditur, juxta vulgare juris Brocardicon:

Segnius expedint commissa negotia plures.

Q. *Quid si nullus satisdationem offerat?* ℞. quòd tunc ei & quidem sine datione decernenda sit tutelæ administratio, quem major pars tutorum elegerit; major enim pars concludit, *cap.* 1. *& cap. fin.* X. *de his, quæ fiunt à majore*, *&c.* & quod major pars facit, omnes facere videntur. *l.* 19. *ff. ad Municipal. Carpz. loc. cit. n.* 23. *Schneid. hic. n.* 8. Si verò & ipsi tutores inter se in eligendo dissentiant, Prætor suas partes interponat necesse est, & unum eligat cui administratio committatur. *l.* 3. §. 7. *Cod. de adminiſt. & pericul. tutor. Manz. n.* 12. *Harp. n.* 5. *Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. n.* 3.

§. Sciendum 2.

Q. In hoc §. quem pupillus vel adultus convenire possit, si ex mala administratione damnum aliquod passus sit? 5

℞. Quòd primò locò conveniri possint ipsi tutores vel curatores, qui tutelam vel curatelam gesserunt.

II. Si illi non ampliùs vivant, tunc eorum nomine & loco conveniri possunt hæredes ipsorum *l. fin. & tot. tit. Cod. de hæred. tut. & curat.* quia omnis actio descendens ex contractu vel quasi contractu transit in hæredes. *l.* 49. *ff. de O. & A:* atqui actio tutelæ descendit ex quasi contractu; §. 2. *Inst. de obligat. quæ ex contract. nas.* ergò, &c.

III. Contra fidejussores, per quos tutor satisdedit, & ipsorum hæredes. *l.* 5. *ff. de fidejuss. tut. & curat. Schneid. n.* 11. *Manz. n.* 7. & 8. Quòd si neque tutores, neque curatores neque eorum fidejussores solvendo sint, tunc

Quarto loco datur actio subsidiaria 6 contra Magistratum, qui non exegit satisdationem vel non recepit idoneam. *l.* 6 *ff. qui satisdare cog.* Sanè si Magistratui nihil imputari possit, fortè quia idoneos tutores dedit, cessabit actio subsidiaria. *Manz. n.* 12. casu enim imputandum videtur, quòd tutores à Magistratu dati idonei esse desierint; casum autem fortuitum Magistratus pupillo non præstat *lib.* 1. §. 11. *ff. de Magist. conveniend. Schneid. n.* 1. *hic.* De Jure Austriaco vix idem, quod de jure communi obtinet, 7 prout videre possis *Gerhabschaffts-Ordnung.* tit. 18. per tot. unde duo duxi adnotanda.

I. Est, quòd in casu, quò tutelæ administrationem unus solus gessit, alter

contutor non nisi in subsidium cōveniri possit, puta, si administrans non sit solvendo *d. loc.* §. 4.

Wann ein Gerhab.&c.i.e. *Si Tutor, qui administrationē tutelæ absque judicis consensu alteri contutori cōmisit, judicio tutelæ conventus erit, ei licebit administrantem vocare; atque hic solus erit porro excutiendus, nisi planè non, vel non satis solvendo sit: tunc enim contutor, qui non administravit, pulsari excutique poterit ad præstandum quicquid ab altero sarciri nequit.*

II. Est, quòd actio tutelæ directa etiam contra illos competat, qui absque decreto judicis se tutelæ, bonorùmque administrationi immiscuerunt. d. loc. §. 6. *Es haben* &c. i.e. *Etiam contrà eos qui, cum non essent a judice tutores dati, nec ullo alio modo ad tutelam vocati, rem tamen pupilli ac personam regendam susceperunt, habet pupillus actionem protutelæ, quæ actio ab ea differt quæ in veros tutores eorumve bona datur.*

§. Quibus 3.

Diximus hucusque, quòd tutores & curatores debeant satisdare, *sed quid juris, si cavere nolint,* ℞. quòd debeant captis pignoribus coërci, h. e. possunt capi res eorum, & hôc modo ad satisdandum compelli, *text. hic.*

Q. Hic, *in quos Magistratus actio subsidiaria detur?* ℞ *textus*, in illos solos dari qui satisdationem solent exigere, quales sunt inferiores Magistratus, non verò in Magistratus majores. De jure Austriaco actio subsidiaria datur contra quemlibet indistinctè Magistratum, qui pupillo tutorem idoneum constituit. *d. lib.* §. 18.

TITULUS XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM, ET CURATORUM.

SUMMARIA.

1 *Excusatio tutelæ quid sit?*
2 *Polypædia est justa causa excusandi se à tutela.*
3 *Quales liberi prosint ad excusationem?*
4 *An emancipati.*
5 *An adoptivi?*
6 *An nepotes?*
7 *An defuncti in bello?*
8 *An naturales & spurii?*
9 *Administratio rerum fisci.*
10 *Item absentia reipublicæ causâ.*
11 *Pariter Magistratus.*
12 *Nec non lis cum Pupillo.*
13 *Aut multitudo tutelarum excusant à tutela.*
14 *Item paupertas.*
14 *Adversa valetudo.*
16 *Imperitia literarum.*
17 *Inimicitiæ capitales cum testatore.*
18 *Controversia status.*
19 *Ætas senilis.*
20 *Militia.*
21 *Professura à tutela onere liberant.*
22 *Excusatio per viam appellationis proponi debeat?*
23 *An tutor debeat esse curator.*

CONNEXIO.

Suprà ad rubricam præced. tit. dictum est, Imperatorem in his tribus ultimis tutelis communia quædam, quæ promiscuè tam in tutoribus quàm curatoribus

bus obtinent, tractare instituisse: absolutò ergò I. capite, transvehimur ad II. videl. ad excusationes, & quidem recto ordine; ratio, quia in regulam quasi abiit, tutores & curatores etiam invitos cogi subire onus tutelæ & curæ *L.* 1. *ff. de adminiſt. & peric. tut.* est enim tutela munus publicum (puta, *authoritate;* utilitate enim privatum est) lex autem neminem voluit esse immunem à publicis muneribus, sed quilibet ad munus publicum subeundum etiam invitus cogi potest, *l.*18. *l.*19. *Cod. de Curatoribus. Schneid.hic. num.* 1.

Limitatur tamen præfixa regula, ut non procedat, quando quis habet justam causam excusationis, quarum aliquot in hujus tituli decursu enumerabimus.

Ad Princip.

1 Excusatio autem est allegatio justæ causæ, quà quis tutelam curamve deprecatur, seque hoc onere liberari petit. Justæ autem causæ variæ sunt.

2 I. Est polypædia, seu certus liberorum numerus. Nam si quis tres liberos Romæ habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis extraneis quinque, à tutela vel cura potest excusari. Ratio est, tum quia favore digni sunt illi, qui liberis hominibus civitatem replent. *l.* 1. *ff. solut. matrim.* tum quia naturale est patrem à cura & solicitudine propriorū liberorum non abstrahi, ordinata enim charitas incipit à se ipso. *l.* 6. *Cod. de servit. & aquæ* &c. & ut ait: *Cyn. in l.* 30. *Cod. de fideicommiſſ.* lupus mordet carnes alienas, sed suas lambit. *Schneid. n.*6. Ratio est, quia numerus liberorum excusat à reliquis muneribus publicis. *l.* 3. §. 5. *ff. de numer.* tutela autem est munus publicum, ergò. *Manz. n.* 7.

Cæterum ratio diversitatis, cur in uno loco major, in alio minor numerus liberorum requiratur, fortè est ista, quia liberos habens Romæ proximius prodest reipub. quàm habens in Italia aut provinciis. *Schamb. hic. Manz. num.* 8. *N. Oe. Gerhabſchaffts Ordnung.tit.*6. §.2.desiderat sex liberos. *Vann einer,*&c. i.e. *Qui ſex pluresque liberos è corpore ſuo procreatos habet in poteſtate & cura, is nullâ tutelâ onerari debet.*

Ad vers. Sive.

Quoniam liberi in multiplici differentia sunt, *aliqui in poteſtate conſtituti, alii emancipati, alii naturales, alii adoptivi, alii primi, alii ulterioris gradus, alii vivi, alii mortui;* Ideò. 3

Q. I. *An emancipati ad excuſationem tutelæ proſint?* R. *Imperator*, quòd tam sui, quam emancipati prosint. Ratio: quia hoc privilegium excusationis non est effectus patriæ potestatis, sed præmium & remuneratio procreationis liberorum. *Braun. tract. de tutel. ad lib.* 27. *tit.* 1. *num.* 22. 4

Q. II. *An adoptivi proſint?* R. adoptanti non prodesse, quia adoptans non generat civem, nec auget numerum civium. *Harp. hic. n.* 7. cessante ergò causâ privilegii, cessat & ipsum privilegium. *Manz. num.* 13. 5

Dixi *adoptanti non prodeſſe.* prosunt enim patri naturali; quia causa & ratio privilegii in hoc militat, nimirum multiplicatio hominum & repletio civitatis. *Perez. Inſt. hic.*

Q. III. *An tantùm illi proſint, qui in primo gradu exiſtunt?* R. etiam in ulteriori gradu constitutos, v.g. *nepotes ex filio prodeſſe; ex filio,* intellige, *jam defuncto*: nam si pater adhuc superstes est, liberi ipsi, utpote patri suo prosunt, non item avo: quia duobus simul prodesse non possunt. Quotquot autem 6

fuerint

fuerint nepotes ex uno filio, omnes pro uno tantum reputantur, & in locum patris sui ingressi vicem ejus repræsentant. *Harp. hic. n.* 5..

Dixi notanter, *nepotes ex filio*; nam ex filia nepotes non prosunt avo materno, cum duobus simul prodesse nequeant; prosunt autem vel patri suo, vel si is jam obiit, avo paterno. *text. hic.* & *in l.* 2. § 7.*ff.h.t. Braun. loc. cit. Manz. n.* 18.

Q. IV. *An superstites tantum, an etiam defuncti prosint?* ℞. Defunctos non prodesse *text. hic.* & *in l.*2. §.4. *ff. h. t.* Ratio: quia cessat causa privilegii quoad ipsos; ergò & privilegium: liberi enim mortui nihil ampliùs reipub. prosunt, peræquè, atque si nunquam nati fuissent, cessant, deinde etiam onera quoad patrem, qui horum curâ non amplius impeditur, quo minùs tutelæ vacare possèt. *Manz. n.* 20. & *Harp. n.* 9. *hic.*

7 Sed quid si bello defuncti sint? Refert num in acie, num extra aciem amissi sint? si hoc, fortè quia in castris aut hyberniis mortui sunt, tunc ad excusationem non prosunt *l.* 18. *ff. h. t.* Si illud, fortè quia in ipsa acie & conflictu ceciderunt, tunc prosunt ad excusationem? ratio est in *textu*; qui enim pro repub. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. *Harp. n.* 9. *hic.*

Q.V. An idem dicendum de illis, qui extra aciem quidem; sed tamen ex vulnere in acie accepto mortui sunt? ℞. *Affirmativè.* Ita *Harp. num.* 10. *Ludvvell. hic. num.* 1. *Braun. tract. de tut.h. t. num.* 21. Ratio, quia tales non minùs intelliguntur cecidisse pro repub. quàm illi, qui in acie perierunt; cum paria sint saltem in favorabilibus, mortuum esse & lethaliter vulneratum esse. Et quæ in continenti sunt, in esse videntur; dissent. *Schneid. hic. n.* 7.

8 Q.VI. quid tandem juris *de liberis naturalibus* & *spuriis.* Annè illi prosint ad excusationem? ℞. non prodesse. Ratio: ne parentes ex suo delicto præmium habere videantur *l.* 2. §.3.*h. t. Manz. hic. n.* 22.

Pariter etiam ad excusationem non prosunt, qui adhuc in utero existunt, *l.* 2. §.6.*ff.h. t* quia nondum natus homo non rectè fuisse dicitur. *l.* 9. *ff. ad leg. falcid. Manz. hic n.* 23.

Dices, *qui in utero est, habetur pro jam nato.l.pen.ff.de stat.hom.* ergò si nati liberi prosunt ad excusationé, etiam posthumi proderunt; cum fictio tantum operetur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. ℞. dist. ant. qui in utero est habetur pro jam nato, si de ipsius commodo quæritur; *conc.* si de commodo tertii; *neg.* atqui in præsenti non quæritur de commodo ipsius posthumi sed de commodo tertii nempe patris volentis se excusare à tutela vel cura. *Braun, loc. cit. n.* 19.

§. ITEM D. MARCUS.

II. Causa excusans à tutela est *administratio rerum fisci.* Qui enim res fisci administrat, à tutela & cura, quamdiu administrat, excusatur. 9

Idem est in illis, qui administrant rem privatam Principis, *l.*41.*ff.h.t.* qui præfecturam annonæ gerunt, *l.* 41. §. 1. Item exactores tributorum, *l.* 10. *Cod. eod.* denique omnes, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit; donec curam gerunt, excusantur. *l.* 22. §. 1. *h. t.* Ratio horum omnium est ita; quia publica utilitas præferenda est privatæ, *auth. res quæ Cod. commun. de legat.* Ratio alia, ne occasione negotiorum pupillarium avocetur ab administratione causæ

causæ publicæ *Manz. num.* 1. Hodiernis moribus referri huc possunt, *die Rentmeister, Cammermeister, Steur-Buchhalter, Steuer-Cassier, Steuer-Einnehmer, und andere Rent-Cammer-Bediente.* Illud certum est, quod tutelam jam ceptam, licet postea administratio rerum fisci ipsis deferatur, deserere non possint, *l.* 21. *ff. h. t. Braun. loc. cit. n.* 28. *vide quoque N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung. tit.* 6. §. 2. *vers. Vierdtens*, ubi omnes ab onere tutelæ eximuntur, qui consiliarii sunt aut alii laborioso muneri præfecti.

§. ITEM QUI 2.

10 III. Causa excusationis est: *absentia reipub. causa.* Ratio eadem est, quæ supra, quia publica privatis sunt anteponenda. *Manz.* 1. *hic.* Reipub. autem causa abesse dicuntur, v. g. *milites, eorumque duces, tribuni, &c* Item *legati, ambasciatores, &c.* Imo & horum *comites, & ministri. l. administrantes* 41. §. *eorum ff. h. t.* Sicut enim securitas, vel salvus conductus concessus alicui, intelligitur quoque datus comitibus, & ejus familiæ; ita & privilegium excusationis datum legato, censetur etiam ejus ministris datum *Schneid. n.* 3.

Dicta adeo vera sunt, ut procedant non tantum de eo, qui jam defacto absens est, sed & de eo, qui propediem abfuturus & profecturus est. *d. l.* 41. §. 2. *ff. eod.* Item de eo, qui se itineri præparat, *l.* 5. *ff. de legat.* Ratio: quia potentia propinqua actui pro actu habetur, & paria sunt, aliquid factum esse, vel de proximo faciendum. *Manz. n.* 2. *hic.*

Itaque is, qui reipub. causa abest, non à suscipienda tantum, sed & a suscepta tutela excusatur; hoc tamen discrimine, ut a suscipienda tutela, si reversus fuerit, adhuc vocationem habeat *text.* & *in l.* 10. §. 2. *Ludwell hic.* Hoc ad Instituta.

Sed quomodo interea consultum pupillo? R. quod interea ei sit dandus curator, ne sit indefensus. Ratio, quare curator non tutor, est hæc: quia absens non desinit esse tutor; ergo tutorem habenti tutor dari non potest. *Manz. n.* 8.

Non adversatur *L.* 3. §. 10. *ff. de suspect. tut.* ubi dicitur, in locum tutoris reipubl. causa absentis posse alium tutorem peti; & dari posse supponitur in *L.* 12. *ff. de tutel.* Non inquam, hoc adversatur, R. enim I. per vocem tutoris *dd. ll.* intelligi curatorem, ut proinde ex errore typi aut scripturæ tutor pro curatore scriptas sit: ut suboleta mihi videtur hæc solutio; ideo R. II. regulariter quidem in locum ejus, qui reipub. causa abest, dari curatorem; interdum vero etiam tutorem, tunc nimirum, si tutor absens, vel absuturus id desideravit, intelligens forte, id magis futurum pupillo, cum sint aliqui actus, qui necessario exigunt interventum tutoris; ut est aditio hæreditatis. *l.* 17. §. 1. *ff. de appellat. Harp. hic. n.* 7.

De jure Austriaco ita sancitum est; *Achtens sollen &c. i. e. Octavo, Ministri ac legati, quam diu negotiorum nostrorum causa aberunt, non modo non tenebuntur novam tutelam testamentariam vel dativam suscipere; verum etiam a tutela jam suscepta, ut p r est rogantes, mediante scil. debita rationum redditione, erunt liberandi, & alii tutores eis sufficientur.*

§. ET QUI 3.

IV. Excusationis causa est: *Magistratus dignitas* sive *potestas*, cujus causæ eadem est ratio, quæ prioris, favor scilicet reipub. *Harp. hic.* Talem autem potestatem habent ii, qui sunt in Imperio Magistratus, & majorem honorem gerunt, qui quidem a suscipienda tutela se excusare possunt, susceptam tamen deserere 11

V non

non possunt; ratio quia multa impediuntur ab initio, quæ postea firma sunt, & facta non tolluntur. *Schneid. h. t.*

§. ITEM PROPTER 4.

V. Excusationis causa est: *lis cum pupillo*; si enim tutor litem habeat cum pupillo, vel curator cum adulto, excusantur, modo lis sit de omnibus bonis, vel majore bonorum parte, aut de hæreditate aliqua, *text. hic.* Ratio est: quia si quis litem habeat cum pupillo suo, vel adulto, necesse est, ut aut suum negotium gerens omittat pupilli causam, aut pupilli causam suscipiens omittat suam. Quod, ut est amor nostri erga nos, nemo sibi facile imperaverit. *Braun. loc. cit. n.* 42.

Hodie de Jure Novel. quæstio hæc inutilis est, quia creditores & debitores pupilli, qui litem & controversiam cum ipso habent, ne volentes quidem admittuntur. *Nov.* 72. *c. auth. Minoris Cod. qui dare tut.* Valde enim periculosum est pupillo, vel minori, habere tutorem vel curatorem ex creditoribus vel debitoribus suis; ratio, quia, cum res eorum in sua potestate habeant, facile possent uti fraudibus, supprimere probationes, apochas, quibus jus suum vel prosequi, vel se defendere & agentem excludere possent. *Manz. n.* 4. *hic vide N. Oe. Gerhabschaffts-Ordnung.* tit. 6. §. 2. vers. *Sechstens.*

§. ITEM TRIA 5.

VI. Excusationis causa est: *multitudo tutelarum*: qui enim tres tutelas, curasve, vel duas tutelas & unam curam, vel duas curas, & unam tutelam, omnes diversi patrimonii, & non affectate susceptas eodem tempore administrat, ad quartam vocatus excusatur, *text. hic & in l.* §. *ult. ff. h. t.* Ratio est, tum ne tutor alienis negotiis plus æquo gravatus propria cogatur negligère; tum quia oneratus non est magis onerandus; tum & maxime ob favorem pupillorum, quorum imprimis interest, ne tutor obruatur, multitudine tutelarum, hoc modo impediatur, ut nullam debite possit administrare. *Braun. loc. cit. n.* 23.

Dixi I. *qui tres tutelas curasve*, ubi notandum, quod sufficiat tres tutelas in una domo esse. Unam domum autem dicimus unam eandemque familiam, i. e. unum patrem familias, & qui ejus potestati subjecti sunt.

Hinc velut ex fonte fluit, si pater habeat tres tutelas, filiusfam. non vocabitur ad quartam: nam & tutela, quam gerit filiusfam. patrem onerat. *l.* 7. *ff. de tutel.* Et contra si filiusfam. habeat tres tutelas, pater ejus non vocabitur ad quartam; nisi forte tutelæ, quas filiusfam. administrat, non pertineant ad periculum patris: tunc enim numerus tutelarum, quas filiusfam. gerit, patri non prodest. *L.* 5. *ff. h. t.* Item si duo fratres in ejusdem patris potestate sint, & unus habeat tres tutelas, alter non vocabitur ad quartam. Denique ut multa paucis complectar, una & eadem domus, i. e. familia non potest plus, quam tribus tutelis onerari; nec refert, an tutelæ illæ penes unum sint an penes diversos; ut si pater unam gerat, filius duas, vel econtra. *Cujac. in lib.* 2. *ff. h. t. Braun. loc. cit. n.* 24.

Plane interdum neque tres tutelæ sufficiunt ad excusationem a quarta. Ut si una ex iis valde modici patrimonii sit, & inde nullius aut exigui oneris; talis enim in numerum tutelarum non cedit. *l.* 155. §. 15. *ff. h. t.* Ratio est: quia, ut Cujacius scribit, tres tutelæ, ex patrimonii & oneris qualitate æstimantur; & ideo non tam tres tutelæ, quam potius tria onera tutelarum excusant. Idem dicen-

dicendum, si una ex tribus tutelis jam prope finem sit, ut quia pupillus agit annum 14. vel tempus, ad quod tutor datus est, fere elapsum est: nam neque talis tutela pro tutela cedit, consequenter nec a quarta excusationem præbet. *l.* 17. *ff. eod.*

Ratio est: quia onus, quod gerendum restat videtur exiguum ob brevitatem temporis, & quia mox finiendum habetur pro finito. *Manz. n.* 7.

Econtra interdum duæ tantum tutelæ ad excusationem sufficiunt; si nempe una ex illis ita onerosa sit, ut duabus æquivaleat.

Denique & una tutela ad excusationem potest sufficere; si nempe illa ita diffusa, molesta, & negotiosa sit, ut pro tribus cedat, *l.* 31. §. 4. *ff. h. t.* Ratio est, quia non præcise numerus tutelarum, sed difficultas rationum conficiendarum, & reddendarum consideranda est, *d. l.* 31. §. 4. *in fin.* Quando autem tutela talis censeri debeat, ut pro duabus aut pluribus valeat, judicis arbitrio relinquitur, *Cujac. in d. l.* 2. *Bachov. & Vienn. Inst. h. t. Schneid. n.* 2. *hic & n.* 4. Concordat jus Austriac. loc. cit. *Drittens &c. i. e. Tertio, si antea tribus rationum conficiendarum incommodo obnoxiis tutelis, sive cognatorum sive extraneorum; vel si una saltem, ast valde diffusa & negotiosa tutela fuerit oneratus.*

Dixi II. *Omnes diversi patrimonii*, si enim unum patrimonium sit, licet plurium pupillorum, una tantum tutela est. Ratio: quia non pupillorum numerus, sed patrimoniorum diversitas plures tutelas facit. *l.* 3. *ff. eod.* quare, si tres fratres consortes sint, & vel omnibus tutor datus, vel omnibus curator, vel quibusdam tutor quibusdam curator, una tutela est, una cura est, unum onus est, Contra si tres fratres dissortes sint, tres tutelæ, vel curæ sunt. *d. l.* 3. Fratres autem consortes dicimus, qui unum indivisum patrimonium habent; dissortes, qui divisum. *Braun. n.* 27. *Harp. n.* 4. *hic.*

Dixi III. *Non affectate susceptas.* Nam tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt. *l.* 15. §. 15. *ff. h. t.* Affectatæ autem dicuntur, quæ studio quæsitæ vel ambitæ sunt. Ratio, cur non prosint, est; quia affectatum non reputatur onerosum juxta vers.

Hoc portat leviter, quod portat quisque libenter.

Dixi IV. *Eodem tempore administrat.* Quia si unam jam deposuit, a noviter delata non excusatur; quia cessante causa privilegii, scilicet onere administrationis, cessat privilegium. *Manz. num.* 7.

§. SED ET 6.

VII. Causa excusationis est: *paupertas*; qui enim ita paupertate & egestate premitur, ut operi & oneri tutelæ impar sit, forte quia vix sibi vitæ necessaria quærere valet, excusatur ab onere tutelæ. Ratio, quia oneratus non est magis onerandus; atqui pauper in eo sufficienter oneratus, & occupatus est, ut victum sibi quærat. *Manz. n.* 1. *hic.* Cum autem divitiæ & paupertas, quia mera sunt accidentia, non præsumantur; idcirco, qui in paupertate se fundat, eam probare tenetur. *Harp. n.* 3. Quæ autem & quanta paupertas ad excusationem sufficiat, judicis arbitrio determinandum relinquitur. *Harp. n.* 2.

Colligunt aliqui ex hoc subinde prodesse paupertatem. Sed ab hoc prodesse libera nos Domine *Manz. n.* 3.

§. ITEM PROPTER 7.

VIII. Causa excusationis est: *adversa valetudo*, vel *morbus*, dummodo talis sit, ut etiam quis propria negotia admi-

nistrare non possit; ratio, quia lex noluit aliquem obligare ad impossibilia, *l.* 185. *ff. de R. J.* imo & pupillo damnosum foret, si tutelæ munus valetudinario injungeretur. *l. penult. ff. h. t. Manz. hic.*

Quis autem valetudinarius dicendus sit, arbitrio judicis relinquitur. Illud certum est, huc pertinere *tabescentes, epilepticos, paralyticos, hydropicos, febricitantes, podagricos, &c. Braun. loc. cit. num.* 35.

§. SIMILITER 8.

16 IX. Causa excusans est: *Imperitia litterarum.* Qui enim rudis est litterarum, ita, ut neque scribere, neque legere possit, & simul etiam negotiorum expers, ut rem domesticam non possit debite curare, excusatur tutela, & cura, *text. hic.* ergo sola imperitia litterarum non excusat, cum possit tutor in conscribendis rationibus vicaria opera uti; sed imperitia litterarum conjuncta cum imperitia œconomica, vel cum stupiditate quadam excludente sagacitatem & prudentiam rei familiaris: qualis non raro reperitur in rusticis, & litterarum penitus ignaris. *Schneid. & Manz. hic.*

Plane si tutela valde diffusa & negotiosa foret, puto omnino audiendam esse excusationem ejus, qui objicit imperitiam litterarum. Nam esto hic forte ad alia gerenda idoneus sit, ut tamen omnia credat memoriæ, ab eo exigi non oportet: neque satis tutum, confectionem rationum per omnia alterius fidei committere. *Braun. tract. de tutel. h. t. num.* 37.

§. ITEM SI 9.

X. Excusationis causa est: *injuria, vexatio, & malevolentia ipsius testatoris.* Nam si quis propter inimicitias a patre testamento tutor datus est, forte quia pater scivit, se magnum æs alienum & implicata negotia relicturum esse, & ideo tutorem scripsit, ut eum supponat magnis laboribus, molestiis, & periculis; hoc inquam, in casu excusatur tutor: ratio, quia tutelæ datio non debet procedere ex proposito nocendi tutori, sed ex benevolentia & amore utilitatis pupillaris. Aliud dicendum, si testator bona mente dederit tutorem, cui antea infensus fuit; nam hoc ipso intelligitur posuisse iratum animum, & offensæ gratiam fecisse tutori. *Braun. n.* 43.

AD VERS. SICUT PER.

In hoc ℣. obiter & incidenter ab *Imperatore* generalis quædam omnium fere causarum, quæ excusationem præstant, limitatio adducitur, nempe hæc; licet quis alias habeat justam excusationis causam, nihilominus si patri pupillorum promiserit, forte in agonia, se fore tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non possit, *text. hic & in l.* 5. §. 1. *ff. h. t.* Ratio est, quia omne promissum cadit in debitum. Ratio alia, quia cuilibet permissum est favori pro se introducto renuntiare, *l. pen. Cod. de pact.* atqui per istam promissionem censetur tutor excusationibus suis renuntiasse; *ergo* nisi nova excusatio supervenerit, administrationem suscipere debebit. *Manz. n.* 6. *hic.*

§. NON ESSE 10.

Qui se ignotum patri vel matri pupilli dicit, ea propter excusandus non est: ratio est, quia licet aliquis sit ignotus de facie, potest tamen notus esse de fama, vel aliqua virtute fortassis cognitus. *Manz. n.* 3.

§. INIMICITIÆ 11.

XI, Excusationis causa sunt *inimicitiæ;* 17

tiæ; qui enim inimicitias cum patre pupilli vel adulti exercuit, si capitales fuerint nec reconciliatio intervenerit, a tutela vel cura excusatur. *text. hic.* Ratio: quia iratus nocere cupiet, vel læsus ulcisci se volet. Plerumque enim accidit, ut inimicitias sequatur nocendi voluntas. *Perez. Inst. hic.*

Dixi I. *Cum patre pupilli vel adulti.* Item est, si tutor ipsi pupillo, vel curator ipsi adulto inimicus sit. *l.* 3. §. 12. *ff. de suspect. tut.*

Dixi II. *Si Capitales fuerint.* Non capitales non excusant. Capitales inimicitias dicimus, quæ vitam, libertatem vel existimationem petunt. *arg. l.* 103. *ff. de V. T.* vel potius quas judex pro conditione personarum, & qualitate facti tales esse judicaverit. *Schneid. hic. n.* 8.

Dixi III. *Nec reconciliatio intervenerit*: solet autem intervenire dupliciter, *aperte & tacite*. Aperte, ut si qui fuerint inimici mutua familiaritate redeant in gratiam. Tacite ut si pater eum, cui hactenus juste infensus fuit, testamento tutorem scribat; nam si bona mente fecit, intelligitur hoc ipso injuriam remisisse. *d. l.* 6. §. 17. *ff. h. t. Braun. n.* 45.

§. ITEM IS 12.

18 XII. Excusationis causa est: *controversia status*, h. e. lis & quæstio super eo, an quis sit servus, vel liber, ingenuus vel libertus? nam si pater pupilli movisset alicui quæstionem status, asserendo eum esse servum vel libertum, talis postea tutor datus se excusare posset. Ratio: quia ex tali controversia oriri solet gravis inimicitia, & animorum exacerbatio. Ratio ulterior: quia metuitur fore, ut injuriam à patre sibi factam in pupillo ulciscatur. *Manz. n.* 2.

Cæterum si quis calumniose moveret quæstionem status pupillo, ut tutelæ munus evitaret, nequaquam excusaretur *l.* 6. §. *amplius ff. h. t.* Sicuti in simili, si quis volenti contra se testimonium ferre, impingeret alapam, ut eum tanquam inimicum a testimonii dictione repelleret, non juvaretur. *Harp. hic.*

§. ITEM MAJOR 13.

XIII. Excusationis causa est: *Ætas senilis*. Qui enim major est LXX. annis ad tutelam, curamve vocatus, se potest excusare. Ratio est, partim honos & reverentia debita senectuti, quam convenit post emensos tot annos degere in quiete: partim quia tantæ ætatis homines incipiunt iterum puerascere, ut vix suis rebus commode præesse possint. Partim etiam, quia, ut diximus, morbus a tutela excusat; *ergo* & senectus. Nam ut Aristoteles ait: *Morbus est senectus ascititia. Senectus autem est morbus naturalis. Braun. n.* 13. *loc. cit.* 19

Requiritur autem, ut is, qui ob majorem ætatem se vult excusare, LXX. annum compleverit. Nam in immunitatibus sive privilegiis, & excusationibus annus cœptus pro completo non habetur. *l.* 3. *ff. de jure immunitat.* adeo ut is, qui agit supremum diem anni LXX. eo die ad tutelam vocatus non excusetur, cum major septuagenario esse debeat. *Harp. n.* 3.

Obj. l. 3. *Cod. qui ætate vel professione se excusant*, ubi dicitur, *manifesti juris est, majores quinquaginta quinque annis invitos ad munera personalia vocari non posse.* Ergo etiam qui major est LV. annis, non potest invitus vocari ad tutelam, cum & hæc munus personale sit; *ergo* ad excusationem a tutela non requiruntur septuaginta anni completi.

R. I. *in d. l.* 3. pro LV. legendum esse septuaginta; confirmatur hoc ex verbis statim subsequentibus: *Cum itaque septuagenario*

tuagenario majorem te esse profitearis, tueri te potes jure concesso. Harp. hic n. 3.

R. L. oppositam loqui de muneribus mere personalibus, quæ potissimum opera & labore corporis expediuntur. *Braun. num.* 14. *loc. cit. h. t. Manz. num.* 5.

AD TERS. MINORES.

Olim & ille, qui minor erat XXV. annis, excusabatur a tutela legitima. Sed Justiniani constitutione prohibetur ad tutelam curamve aspirare adeo, ut nec opus sit excusatione §. 13. *hic.* ubi ratio additur: cum sit incivile eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire. Ratio alia est: quia inutile est pupillo, ejusmodi habere tutorem, qui restitui possit interdum etiam contra pupillum. Hoc interim verum manet, quod supra §. 2. *qui testam. tut. dar. poss.* dictum fuit, minorem in testamento tutorem dari posse; ita tamen ut usque ad ætatem legitimam administrationem non possit suscipere. *Manz. n.* 10.

ITEM ET IN MILITE 14.

20 XIV. Excusationis causa est: *Militia.* Nam & milites, sicuti minores, licet volentes, ad tutelæ onus non admittuntur; idque adeo, ne a signis & castris avocentur. atque ita res publica detrimentum sentiat. Veterani vero, qui scilicet honeste missi sunt, & sacramento soluti, perpetuo excusantur a tutela paganorum, non vero a tutela una filiorum conveterani, Adversus commilitonum filios vacationem saltem per annum habent, & non diutius, *l.* 8. *ff. h.t.* ignominiose missi perinde habentur, ac si nunquam milites fuissent, non ergo excusantur, licet ab oneribus excludantur. *Perez. hic.*

An idem de militibus cœlestis militiæ dicendum sit, vide *Manz. hic n.* 7. De jure Austriac. ita se habet: *Die Kriegs-Leuth, &c. i. e. Milites pariter, qui actu militaria servitia nobis præstant, a tutela excusari volumus. de loc.* §. 2.

§ ITEM ROMÆ 15.

XV. Excusationis causa est: *professura artium liberalium.* Etenim Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, a tutela, & cura habent excusationem. *l.* 6. *ff. h. t.* Ratio, quia publice juvenibus prosunt, & reipub. interest habere viros doctos, per quorum scientiam totus illuminetur mundus, *auth. habita, Cod. ne filius pro patre.* nemo & abstrahendus est ab opere, a quo dependet reipub. utilitas *Manz. n.* 2. 21

Ut autem professores hac immunitate gaudeant, III. Conditiones requiruntur.

I. Est ut illas artes exerceant, ac officio suo sedulo fungantur. *text. hic* in verbo, *exercent*; neque circa operationem suam negligenter se habeant. Unde aliqui inferunt, quod scholaris sive studiosus non gaudeat privilegiis scholarium, licet sit inscriptus matricula, sive albo studiosorum, nisi lectiones frequenter & diligenter studeat. *Schneid. n.* 6. *hic. Harp. n.* 19. ubi prolixe hanc quæst. discutit.

II. Conditio est, ut Romæ doceat, vel in sua patria, *text hic & in l.* 6. §. 11. *ff. h. t.* Patria autem duplex est: *propria* sive *originalis* ubi quis natus est; & *communis*, veluti Roma, quæ dicitur omnium civium Romanorum patria. *l. eos, qui* 9. *de vocat. & excusat. mun.*

III. Conditio est: ut sint intra numerum. *l.* 6. §. 4. *ff. h. t.* quia supernumerarii non gaudent privilegiis numerariorum. Numerus autem pro diversi-

tate

tate civitatum hic erat: Minores civitates habebant quinque medicos immunes, tres Rhetores & totidem grammaticos; Majores, septem medicos, Rhetores quatuor, & tot grammaticos; Maximæ decem Medicos, quinque Rhetores, & totidem Grammaticos. *Braun. n.* 43.

Q. VII. *An Legum Doctores & Advocati etiam immunitate hac gaudeant?* R. *negative*; quia aptiores & rerum magis expertes sunt, ac proinde ad tutelam magis idonei; nam ipsorum prudentia pupillis utilissima est. *Manz.* §. 14. *n.* 11.*h.t.* Quod si legum doctores aut Romæ doceant, *l.* 6. §. 12. *h.t.* vel in consilium principis assumpti sint, excusantur. *l.* 3. *ff. h. t. Manz. n.* 1. & *Schamb. hic.*

§. Qui autem 16.

Q. Quid si aliquis propofuerit, & allegaverit unam excusationem, vel plures, & in illis probandis defecerit, an adhuc illis uti possit? R. *Imperator* omnino posse; ratio est, quia excusationes sunt quædam quasi exceptiones, *nemo autem pluribus exceptionibus uti prohibetur. l. nemo* 8. *ff. de except. l.* 43. *ff. de R. J.* Modo tamen intra tempora constituta proponantur; quia sunt paria, non fieri, aut post tempus constitutum fieri. *Manz. n.* 1. & 2.

AD VERS. QUI AUTEM.

22 Q. In hoc. ℣. quomodo excusatio proponenda: an per viam appellationis, ita, *ut aliquis intra decem dies ad Superiorem appellare debeat?*

Dixeris quod sic: ratio, quia, si alicui per decretum aliquod munus imponatur, per quod se gravatum putat, ille debet statim ab ipso decreto appellare. *l.* 1. *ff.* §. 1. *de vacat. muner.* ita ut si appellationis auxilio non utatur, consensu suo nominationem confirmet. l. 7. *cod. de appell.* ergo idem erit si per decretum alicui tutela imponitur.

Verum hoc non obstante, R. Imperator, quod tutores dati a Decreto nominationis non appellent, *text. hic* & *l.* 1. §. 1. *ff. quando appell.*

Quod si tamen velint appellare puto prohiberi non posse. *l.* 13. *ff.* & *l.* 18. *Cod. h. t.* ubi dicitur *non habent necesse appellare*. Ex quo infertur: *ergo* possunt appellare, si velint. *Manz. n.* 6. *Harp. num.* 4.

Ad rationem dubitandi conc. *antec.* neg. *conseq.* Ratio *differentiæ* est, quia tutela non est jurisdictionis, sed specialis concessionis. Non mirum ergo, quod appellatio in cæteris muneribus locum habeat: quia illa munera a Præsidibus vel Decurionibus Jurisdictionem habentibus imponuntur: vide de his subtilitatibus antiquis *Manz. n.* 5. & *Schamb. hic.* ergo circa hujus §. fusiorem explicationem me detinere non volui; cum nulla exinde utilitas sperari possit.

§. Datus 17.

Quid si pupillus habeat bona in diversis locis diffusa, & ei tutor a testatore simpliciter datus sit, quæ bona debet administrare? R. Universa. Ratio, quia tutor simpliciter datus ad universum patrimonium datus esse creditur. *text. hic.* Ratio rationis, quia tutor principaliter datur personæ, quæ individua est: ideo & ipsa tutela individua censetur. *Manz. hic.*

§. Qui tutelam 18.

Si quis tutor alicujus fuerit, is curator ejusdem invitus fieri non compellitur, tametsi id ipsum pater in testamento expressisset, ut non tantum tutor, sed Curator esset; ratio communiter datur, quia una gratia sibi præstita contentus 23

tentus esse debet. Excipitur libertus sponte a defuncto manumissus, propter immensum eidem collatum libertatis beneficium. *l.* 5. *Cod. h. t.* De praxi & consuetudine locorum idem est curator, qui fuit tutor; quod expedire videtur, quia jam ante notitiam rerum gerendarum habet, quam alter primo acquirere deberet. Possunt tamen tutores, hac consuetudine non obstante, finita pubertate, tutelæ rationibus redditis, administrationem deponere, & adulto curatorem dari petere; prout in Camera Spirensi sæpe factum testatur *Gail. lib.* 3. *observ.* 67. *n.* 7.

§. Idem 19.

XVI. Excusationis causa est *matrimonium.* Maritus enim a patre uxoris suæ in testamento aut Magistratu errore juris, vel facti curator datus, a curatione se excusare potest. *text. hic.*

Dixi *errore juris vel facti*: quia de jure maritus uxori non potest dari tutor. l. 2. *Cod. qui dari tut. poss.* Ut proinde improprie se excusare dicatur, quia etsi velit curator uxoris suæ esse, non potest. Ratio a D. D. hæc assignatur; ne uxor propter nimiam affectionem jacturam bonorum suorum patiatur: quia si maritus curam uxoris gereret, tunc illa per amorem, aut per metum ipsi remissionem faceret reddendarum rationum, quod si non faceret, tunc mutuus ille amor & conjugalis affectus facile exspiraret. *Manz. n.* 4.

Dicta autem procedunt *in bonis duntaxat receptitiis.* Pro hujus pleniori intellectu sciendum, quod uxor triplicia bona habere dicatur: *Bona dotalia*, quæ loco dotis marito affert: *Paraphernalia*, quæ ultra dotem ei affert, nimirum *hæreditaria & adventitia*, quæ ipsi ex successione cognatorum vel aliunde ex prospera fortuna advenerunt: denique *bona receptitia*, quæ uxor ad usum & dispositionem suam reservavit, nec mariti esse voluit. Et de his ultimis decisio nostri §. sortitur locum, non vero de prioribus: ratio, quia maritus bonorum dotalium quodammodo dominus est, *L. pen. Cod. de jure dot.* Bonorum autem paraphernalium legitimus administrator est. *arg. l fin. Cod. de pact. convent.* ut ita frustra in his bonis de curatore prospiciatur. *Manz. n.* 8. 9. & 10.

Dices: Maritus potest esse procurator in omnibus receptitiis uxoris, *l.* 21, *Cod. de Procurat. ergo* etiam curator. R. *neg.* paritatem: quia procurator ex mero & libero arbitrio domini revocari potest; curator vero a minorenni revocari, aut amoveri non potest. *Manz. n.* 16. *Schamb. hic & Harp. & n.* 9.

Hæc procedunt de jure communi; de consuetudine enim nostræ Germaniæ, uxores sunt in potestate vel saltem cura suorum maritorum, qui nostro idiomate *die Ehe-Vogt* vocantur, & plerumque in judicio agunt nomine uxorio vel curatorio. *Manz. n.* 17.

§. Finalis.

Si quis per falso allegatas causas excusationem à tutela prætendat, is audiendus non est, & si intra hoc tempus pupillo, vel rebus ejus damnum aliquod illatum fuerit, de resarciendo tenetur: *Schneid. & Schamb. & hic.* Ratio est, tum quia decreta, aut sententiæ ex falsis instrumentis, attestationibus & allegationibus latæ ipso jure rescinduntur, *Harp. n.* 3. tum quia dolus suus nemini debet patrocinari, & nemo debet ex delicto suo præmium reportare. *Manz. n.* 4.

TITU-

TITULUS XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

SUMMARIA.

1 *Accusatio suspecti alia est civilis.*
2 *Alia criminalis.*
3 *Competit jure ordinario.*
4 *Quilibet tutor, ut suspectus, postulari potest.*
5 *Accusare tutorem ut suspectum quis possit?*
6 *An mulieres?*
7 *An impuberes?*
8 *Quis dicatur suspectus.*
9 *Tutor remotus ob dolum fit infamis.*
10 *Dolus quid sit?*
11 *Alius bonus.*
12 *Alius malus.*
13 *Culpa in genere definitur.*
14 *Dividitur in latam, levem & levissimam.*
15 *Culpa lata quid sit?*
16 *Quid levis?*
17 *Quid levissima?*
18 *Casus fortuitus describitur.*
19 *Quam culpam praestat tutor?*
20 *Quae sit causa suspicionis?*
21 *Infamia quid sit?*
22 *Alia juris, alia facti.*
23 *Quis cujuslibet effectus?*
24 *An tutor ob latam culpam remotus fiat infamis?*
25 *An lite pendente tutor relinquatur in administratione?*
26 *Quomodo finiatur cognitio suspecti.*
27 *Pauper an ut suspectus tutor removendus sit?*

TRANSITIO.

Superiori tit. dictum est, quomodo tutores & curatores se à tutela & curatela excusare possint, si velint: jam vero, cum nonnunquam etiam inviti removeantur, si nimirum suspecti fiant, fortè quia non ex fide administrant tutelam, ideo *Imperator* explicat, quinam removeantur ut suspecti.

Dices: quid prodest pupillo, quod tutor vel curator removeatur ut suspectus? nunquid eidem sufficienter actione tutelae prospectum est? ℞. Propterea removeri posse tutores, si suspecti fiant; quia melius est, jura intacta servari ab initio, quam post vulneratam causam remedium quaerere. *L. ult. Cod. de quib. caus. integ. restit. Harp. n. 3.*

AD PRINCIP.

Q. hic: Unde descendat suspecti crimen. ℞. illud descendere ex L. XII. *tab.* cùm enim omnia alia quae ad materiam tutelarum pertinent, ex ista lege dimanent; ergò etiam conveniens erat, ut ex eadem lege suspecti crimen vindicaretur. *Manz. n. 3. hic.*

Suspecti autem accusatio duplex est, 1
alia *civilis*, alia *criminalis*. Civilis est quando civiliter agitur, & petitur, ut tutor vel curator declaretur suspectus, atque ab administratione removeatur, rationem tutelae reddat, ac reliqua restituat. Criminalis est, quando tutor vel 2
curator accusatur. *Cblingensp. h. t. 1. Schneid. n. 4. Schamb. hic.*

§. Datum. I.

Quemadmodum tutoris datio nec jurisdictionis, nec imperii, sed specialis tantummodò concessionis est, *l. 6. §. 2. ff. de tutelis*: Ita & facultas de suspecti tutoris crimine cognoscendi specialis concessionis est. Hinc Romæ Prætor, in Provinciis Præsides de suspectis tutoribus cognoscere possunt. *text. hic*

3 Hodie de jure novo, quo inspecto datio tutoris est jurisdictionis ordinariæ, quilibet Magistratus de suspectis cognoscit; nihil enim tam naturale est, quàm unumquodque eò modò dissolvi, quò colligatur. *Harp. num.* 3 *Clariss. D. D. Franz. n.* 14. *in fine. Zoës. ff. h. t. Schneid. num.* 1.

§. Ostendimus. 3.

4 Traditur hic regula, quòd omnes indistinctè tutores tamquam suspecti postulari possint, & quidem imprimis testamentarius. *text. hic. & l. 1. §. 5 ff. h. t. junctâ l. 4. Cod eod.*

Non obstat, quòd fides & industria à testatore approbata sit. *princip. Inst. de satisdat.* quid enim tum? numquid fieri potest, ut qui primùm bonæ vitæ vel frugi videbatur posteà malè conversari incipiat? nunquid fieri potest, ut morum improbitas antea palliata tandem detersâ caligine in lucem fumet? nunquid fieri potest, ut priùs bonus, justus, parcus, & pupillo utilis fuit, deinde malus, iniquus, prodigus, pupillo noxius reddatur? tutius proinde est, & pupillo utilius, ut neque testamentario tutori accusatione suspecti parcatur. *Clariss. D. D. Franz. n. 10. Schneid. 2. Harp. n. 1. hic.*

Deinde tamquam suspectus accusari potest tutor legitimus qui necessitudine vel affinitate pupillo conjungitur. Interim verò cùm suspecti postulatio quandoque infamiam irroget, §. 6. *Inst. h. t. l. 4. §. ff. eod*; Infamia autem uni ex familia illata, totam familiam perstringat, & sic in ipsum pupillum ejusmodi suspecti accusatio redundaret; Ideò cavendum est, ut postulatio suspecti moderatis verbis proponatur; mentio doli omittatur; autpotiùs pupillo curator adjungatur *arg. l. 11. §. 1. ff. de dolo malo & l. 5. §. 1. ff. de obsequiis parent. & patron. præstand. Clariss. D. D. Franz. n.10. Manz. n. 7. hic. Braun tract. de tut. ad lib. 26. tit. 10. n. 16. Brunnem. in l. 9 ff. h. tit. n. 2.*

De Attiliano tutore, maximè sine inquisitione dato, quin tanquam suspectus accusari, & removeri possit, nullus est, qui ambigat. *text. & D. D. hic.*

§. Consequens 3.

Q. Hic quinam possint tutores vel 5
curatores tamquam suspectus accusare: & R. accusationem quasi publicam esse, adeoq; ad illam quemlibet de populo admitti, haud aliter ac in cæteris judiciis publicis. *tex. hic. & l. 1. §. 6. ff. h. t.*

Ad V. Quin Imo.

Quamvis regulariter mulieribus, non
nisi certis ex caussis, permissum sit publi- 6
cò judiciò quemquam facere reum, *l. 1. l. 2. l. 8. ff. de accusat*: singulari tamen pupillorum favore ad accusationem tutoris tamquam suspecti, Mater, Avia, soror & nutrix admittuntur. *text. hic Harp. n.* 5.

Sed quid de cæteris mulieribus, quæ nullo vinculo necessitudinis pupillo junctæ sunt; admittenturne & illæ ad accusationem suspecti? R. *Imperator*, si sola pietate in pupillum & injuriâ, quam eidem inferri cernunt, commotæ; ad accusandum prosiliant, & sexûs verecundiam non egrediantur, omninò illas admit-

admittendas esse. *text. hic.* & *l.* 1. §. *h. t.* ratio non est alia, quàm merus pupillorum favor. *Manz. n.* 9. *Mynsing. in fin.* & *Vinn. hic.*

§. IMPUBERES. 4.

7 Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: *text. hic.* Ratio est: quia in postulãdis tutoribus tãquam suspectis certo &maturo animi judicio opus, ad perpendendum, an tutor quid segniter aut fraudulenter gerat: tali autem judicio impuberes carere, quis est, qui nescit, quod jugum ut excuterent, quæque fingerent, & causas suspicionis evitarent; sunt enim impuberes ad mentiendum faciles. *l. ff. de quæst. Vin. loc. cit.*

AD VERS. PUBERES.

Cæterum puberes curatores suos ut suspectos postulare possunt, non tamen per se soli, sed ex consilio necessariorum suorum; quod consilium ideò requiritur, ne alias ætatis lubrico ducti temeré notent curatores. *Manz. n.* 12. Si necessarii consentire renuant, poterit implorare officium judicis, ut hic ex officio inquirat. *l.* 3. §. 1. *ff. h. t.*

De jure Austriaco non pupilli duntaxat agnatis & cognatis, sed & contutoribus, nec non Magistratibus rigorosè impositum est, ut de administratione tutorum sedulam & sollicitam curam gerant. *N. Oe. Gerhabschaffts Ordnung tit.* 11. §. 2. *und obwohlen.*&c. i. e. *Et quanquam cognatis & contutoribus impositum sit ut ei rei sollicitè invigilent, quò judici denunciare queant; jubemus tamen judices singulos administrationis Tutorum curam sollicitam ex officio gerere.*

§. SUSPECTUS. 5.

8 Suspectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam vel curam gerit, h. e. qui malè grassatur, vel fraudulenter in rebus pupilli, vel minoris versatur, bona dissipando, profundendo, aut in proprios usus res pupillares convertendo.

Quid si tutor tanquam suspectus accusatus regerat, se solvendo esse & finitâ tutelâ de malè gestis rationem reddere velle? Nihilominùs tamen removendus erit, meliùs enim est pupillorum jura intacta servare, quàm post vulneratam causam remedium quærere. *text. hic.*

Quid si quis dicatur suspectus, priusquàm tutelam gerere incipiat? Erit & talis ùt quasi suspectus removendus. *text. hic.* & *l.* 3. §. *fin. ff h. t.* Dico *quasi suspectus*, propriè enim removeri non potest quia tutor non fuit, *Scham.* & *Manz. hic.*

§. SUSPECTUS 6.

Effectus accusationis suspecti est remotio tutoris, quæ si fiat ob dolum administratione admissum, infamiam irrogat. 9
Si vero tutor ob culpam solummodo removeatur ùt suspectus, existimationem illæsam servat. *text. hic.* & *l.* 3. §. *ult. ff. h. t.*

Illud tamen ad irrogandum tutori infamiam requiritur, ut judex causam remotionis, intellige, dolum in decreto disertè expresserit *l.* 4 §. 1. *ff. h. t.* Et in hunc forté modum pronuntiaverit: *Weilen* &c. i. e. *Quoniam satis appareat Sempronio dolosè, in detrimentum pupilli, lucrique faciendi causa, tutelam gessisse* &c. Sin Judex expressam doli mentionem in decreto non fecit, tutor remotus infamis non redditur, fortè quia taliter pronuntiavit; &c. *Weil genugsam* &c. i. e. *Quoniam sufficienter probatum sit reum pupillo damnosum esse, nec administrationi idoneum* &c. *Brunnem. in d. l.* 2. §. 1. & 2.

Porrò cum occasione hujus §. vehementer

menter inter se collidantur AA. atque expeditum non sit, de qua culpa illa verba, *ob culpam non aquè*, intelligenda sint. Ideo priusquam in hac obstante difficultate nostram mentem aperiamus, duxi, non abs re fore, si seqq. IV. discutiantur quæstiones.

I. Est, quid & quotuplex sit dolus & culpa? II. quam culpam præstet tutor? III. quæ sint causæ suspicionis & remotionis? IV. quid & quotuplex sit infamia? Itaque

10 Q. I. *quid & quotuplex sit dolus & culpa?* ℞. quod dolus in genere à variis variè definiatur, placet, quod sit juvandi nocendique causâ simulatio, *Bargal. de dolo & culpâ lib. 1. cap. 1. Harp. Inst. §. 2. de obligat. n. 66.*

11 Alius est *bonus* alius est *malus*. Dolus *bonus est* solertia & quædam astutia, quâ aliquid machinamur in hostem, aut latronem. *Can. Dominus caus.* 23. *q.* 2. sive qua fraudem alias nobis nocituram excludimus. *l.* 1. §. 2. & 3. *ff. de dolo malo. Schamb. Inst. hic.* Exempla doli boni plurima recenset *Bargal. loc. cit. cap.* 2. *n.* 6. & *seqq.* Mihi istud præ cæteris placet, quod scriptum legimus de B. Athanasio, qui cum a Juliani Apostatæ satellitibus conquireretur ad necem, naviculam in contrariam fluminis partem convertit & insequentibus se, sponte, & ex industria occurrit, cumque interrogaretur, nunquid de Athanasio sciret? in responsum dedit, se haud procul hinc illum navi euntem vidisse, atque ita illos contrarium cursum tenentes sagaciter effugit, ac ita bono dolo imminentem sibi mortem exclusit. Hoc etiam sensu intelligendus est Pomponius *in l.* 16. §. *penult. ff. de minor.* ubi ait, naturaliter licere contrahentibus se circumvenire ratione pretii & valoris, i. e. licere ex astutia & solertia suam conditionem meliorem facere, sine omni tamen malitia *Perez. in Cod. de dolo malo. n.* 2.

Dolus *malus* est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, *l.* 1. §.2. *de dolo malo*, *Perez. loc. cit. n.* 1. *Manz. Inst. quib. mod. recontrah. oblig.* §. 2. *n.* 2. *Schamb. Inst. hic. Harp. Inst.* §. 2. *de obligat. n.* 27. Exemplum doli mali est, si tutor instigaret aliquem, ut rem pupillarem, apertâ hunc in finem cistâ, surriperet, venderetque, & pretium exinde redactum secum participaret. Alia exempla doli mali enumerat *Bargal. loc. cit. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. 12

Culpa in genere *definitur*, quod sit imprudentia, quâ homines circa res alienas vel omittunt quod debent facere, vel faciunt, quod debent omittere. *Harp. loc. cit. n.* 74. *Clariss. D. P. Konig. ad decret. de pact. n.* 56. *Paulò aliter Clariss. D. D. Franz. Inst. quib. mod. recontrah. oblig. part.* 2. §. 9. *n.* 15. *Manz. loc. cit. n.* 4. *Solide Schamb. hic.* 13

Dicitur I. *imprudentia*, ut differat à dolo, qui à sciente & prudente, non ab improvido & inscio committitur, *d. l.* 1. §. 2. *de dolo malo.*

Dicitur II. *circa res alienas*; in res enim proprias culpa proprié non cadit, *l.* 18. §. 1. *ff. solut. matr.*

Dicitur III. *vel omittunt*, *quod debent facere*, *vel faciunt*, *quod debent omittere*; quoniam *culpa* dupliciter fit, puta, *committendo* & *omittendo*. Illa tamen quæ in committendo consistit, major est, quam quæ in omittendo, *arg. l.* 91. §. 3. *ff. d. V. O. Bargal. tract. de dolo & culpa lib.* 5. *cap. n.* 14.

Dividitur culpa (quidquid alii contrà dicant) in latam, levem, & levissimam. *Ita Clariss. D. D. Franz. loc. cit. n.* 16. *D. P. Konig. loc. cit. n. Manz. loc. cit. n.* 6. *Schneid. Inst. quib. mod. recont. oblig.* §. 1. 14

n.

n. 37. *Harp. loc. cit. n.* 78. *Bargall. loc. cit. n.* 37.

15 *Culpa lata* haud inconcinnè describitur quod sit crassa ignavia, magna incuria supina, inexcusabilis, & extremè reprehensibilis negligentia, cùm videlicet quis non intelligit, quod omnes intelligunt, illud nescit, quod omnes scire debent, illud non facit, quod omnes facerent, vel omittit, quod nullus omitteret, *l.* 223. *ff. de V. S. Manz. hoc.tit.n.* 6. Exempla culpæ latæ sunt, v. g. si quis noctu ostia ædium, vel fenestras relinqueret apertas, & crederet, neminem intraturum. Item si quis ignorare se contenderet, quòd publicè vulgatum. Item si quis equum conductum totâ die fatigaret ac impelleret, & noctu locò pabuli aquam & stramen porrigeret: vel si quis totó annô semel, aut numquam curaret caminum purgari.

Hæc culpa in jure dicitur dolo proxima, & dolo frequenter comparatur, *l.* 1. §. 1. *ff. si mensor falsi. mod. dixer.* & *l.* 32. *depositi.*

16 *Culpa levis* est non adhibere tantam curam, diligentiam, & custodiam, quantam adhibet diligens paterfam. in rebus propriis secundum communem hominû naturam. *Schneid. loc. cit. n.* 39. *Manz.n.*7. Exempla hujus varia occurrunt, v. g. si tutor dimittit rem pupillarem in cubiculo, cista non occlusa, vel clave non exempta. Item si quis non clausit altiores fenestras, per quas fures admotis scalis intrare possunt. Item si quis adhibeat operarios inertes. Item si quis nescit qualitatem rei suæ, *Bargal. cit. lib.* 5. *cap.* 3. *n.* 14. & *Clariss. D. P. Konig. de pact. n.* 57. [illegible] hanc culpam regula obtinet; quod toties illa intelligatur, quoties simpliciter in legibus fit mentio culpæ, §. *Inst. quib. mod. re contrah. oblig. l* 5. §. 2. *ff. commodati*, *Harp. Inst. de obligat.* §. 2. *n.* 83. *Clariss. D. D. Franz. Inst. de susp. tut. n.* 21. *Bargal. loc. cit. n.* 18.

Culpa levissima est, non adhibere tantam diligentiam in rebus alienis, quantam adhibet diligentissimus paterfam. in rebus suis, v. g. si depositarius vel tutor dimittit rem depositam vel pupillarem in cubiculo, occluditque diligenter januam, sed abiens non removit clavem, & tentat, clausa rectè sit janua, nec ne? *Schneid.* §. *quib. mod. re contrah. oblig. n.* 4. vel si quis fenestras versus publicum remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris, aut ferreis perticis. *Clariss. P. Konig. loc. cit. n.* 56. 17

Casus fortuitus est *inopinatus eventus*, *qui nullâ humanâ industria aut providentia caveri aut averti potest. l.* 2. §. 7. *de administ. rer. ad civit. pert.* Exempla casus fortuiti in jure nostro permulta reperies *ut naufragia, inundationes, terræ motus, incendia ex fulmine orta, ruinas ædium, insultus hostium, prædonum impetus &c. l.* 23. *de R. J.* quibus adnumera *furtum domesticum*: *arg. l.* 14. §. 6. *ff. de furt. Schneid. ad princip. quib. mod. de re contrah. oblig.* 34. *Harp. Inst. de oblig.* §. 2. *n.* 85. 18

Absolvimus primam quæstionem: Nunc

Q. II. *quam culpam præstet tutor*, sive (ut luculentior tibi loquendo fiam) *ex qua culpa teneatur tutor datum pupillo damnum resarcire?* ℟. tutorem regulariter teneri de lata & levi culpa, *ita Clariss. D. D. Franz. Inst. de satisdat. Tutor. n.* 10. *Hunn.ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 9. *thes.* 5. *Carpzov. lib.* 5. *Resp.* 73. *n.* 1. 19

Probatur (ut plura loco sileam) per rotundum *text. l.*7. *Cod. arbitrium tutelæ*, his verbis: *Quidquid tutoris dolò vel latâ culpâ, levi seu curatoris minores amiserint vel cùm possent, non acquisierint, hoc in tutelæ*

tutelæ seu negotiorum gestorum utile judicium venire non est incerti juris.

Non obstat *l.* 5. §. 2. *ff. commodati* ubi si contractus planè non respicit utilitatem obligari, non præstatur nisi lata culpa. R. enim à communi regula hoc in passu favore pupillorum recessum esse. *Franz. d. loc.*

Dixi *regulariter*, in casu enim quo tutor spontè se administrationi obtulit, ad levissimam quoque culpam censetur obstrictus 53. §. *ff. de furt. & arg. l.* 1. §. *sæpè. ff. depositi. Bargal. tract. de dolo & culpa lib.* 5. *cap.* 4. *n.* 32. ubi *n.* 22. ait, in officiis & muneribus publicis quale est tutela, §. 1. *Inst. de Excusat. tut.* quemquam non nisi ad levem culpam obligari.

20 Q. III. *Quæ sint causæ suspicionis, & remotionis?* R. illas in universum determinari non posse, adeoque hac in re, quàm plurimum boni judicis arbitrio committendum esse, Schneid. tamen §. *Inst. h. t. num.* 6. earum VII. recenset: ubi vide.

De jure Austriaco res ita se habet. *Wann man*, &c. i. e. *Si animadvertatur Tutorem muneribus, aliave ratione in tutelam irrepsisse, nullum inventarium confecisse, pupillos male educare, in eorum bona dolosè agere, eave in lucrum sibi vertere, aut si quando necessitas & consensus judicis ad vendendum requiritur, citra necessitatem vel consensum vendiderit, alienaverit; si census tributave accumulari siverit: istis vel similibus de causis, poterit & debebit Tutor, judicis tamen arbitrio, removeri.*

21 Q. IV. *Quid & quotuplex sit infamia?* infamia est nihil aliud, quam diminutio famæ vel existimationis, quæ est dignitatis illæsæ status legibus ac moribus comprobatus. *l.* 5 §. 1. *ff de extraord. cognit. Perez. n.* 4. *Cod. ex quibus caus. infam. irrog. S.hamb.* §. 6. *Inst. hic.*

Infamia duplex est; alia *juris*; alia 22 *facti.* Infamia facti est, quæ pudorem potiùs onerat, quàm ignominiam irrogat, *l.* 20. *ff. de his, qui notant. infamia:* sive ut clariùs loquar, quando lex quidem aliquem non ait esse infamem, apud homines tamen fortè propter dissolutos mores aut vitæ improbitatem non benè audit, v.g. *si filius à patre in testamento graviter accusatus fuerit. l.* 13. *ff. eod.* vel *si quis à superiore vel à judice publicè increpatus, & admonitus fuerit, ut ad meliorem vitæ frugem se reformet. l.* 19. *ff. h. t.*

Infamia juris est, quæ per legem alicui inuritur: talem infamiam incurrit, qui binas nuptias eodem tempore contrahit, *l.* 1. *l.* 13. *ff. eod.* Item qui in scenam aut arenam prodit, quæstus faciendi causâ *d. l.* 1. Item qui improbum fœnus exercet, & usuras usurarum exigit. *l.* 20. *Cod. Ex quib. caus. infam. irrog.* Denique qui dolosè tutelam gerit. *text. hic. Perez. loc. cit. n.* 4. *Zoës. de his qui not. infam. num.* 2.

Effectus alius est *infamiæ Juris*, *alius* 23 *infamiæ facti.* Illa repellit à dignitate, tam acquirendi, quàm acquisitâ *lib.* 2. *Cod. de dignit.* à munere testificandi. *Zoës. numer.* 15. *Perez. num.* 15. *loc. cit. Brunnem. in d. lib.* 2.

Infamia facti non quidem excludit à testimonio, sed vim testimonii vehementer minuit. *l.* 2. *ff. de Senat. Zoës. d. l. n. ult. Brunnem. in d. l.* 2. *ff. de Senat. & l.* 3. *Cod. de dignit.* ubi varias hominum conditiones à dignitatibus consequendis repellit, & mercaturam nobilitati vehementer ait officere. Cui suffragatur *Mynss. cent.* 6. *obs.* 54. *n.* 5. Ubi sub *n.* 9. Nobiles, inquit, qui se mercimoniis implicant, cogendos, tamquam plebeios & viles, contribuere solvendis collectis.

His

His in anteceſſum præmiſſis tandem vix moræ non impatiens,

24 Q. V. *An tutor remotus ob culpam latam fiat infamis?*

In utramque partem prælio adeo ancipiti agitata hæc eſt controverſia, ut omninò dubitare poſſis, ſuſpenſo ſimilis, cui ſententiæ palma victoriæ decernenda ſit.

In Negantium caſtris ad claſſica canunt *Clariſſ. D. D. Franz. Inſt. hic.n.20. Harp. §.6. hic. n. 2. Arumæ. exercit. Juſtin. 3. th 33. Clariſſ. D. D Chlingenſp. Inſt. h. t. q. 9. Braun. tract. de tutel. ad tit. de ſuſpect. tutor. th. 27. Schneid. n.2. Manz. hic.*

Pro qua negativa ſententia argumenta ſtringunt validiſſima.

I. Deſumitur ex hoc noſtro §. *6.* his verbis: *Suſpectus autem remotus, quidem ob dolum famoſus eſt: ſi ob culpam ob non æquè.* En textus indiſtinctè & generaliter loquitur; ergò nos non oportet diſtinguere, præcipuè in lege pœnali, ubi ſemper interpretatio facienda eſt in mitiorem partem, *l. pæn ff. de pœn.* & *cap. 19. de R. J. in 6.* atqui benignior interpretatio eſt, ſi *d.* §. *6.* intelligamus de culpa lata, ut ſenſus emergat iſte: *Ob culpam latam non æque.*

II. Taliter adornant: dictum de genere vel toto; cenſetur dictum de ſingulis ſpeciebus & partibus, *arg. l. 68. ff.delegat. 3. l. pen.* § *ult ff. de jur* & *facti ignor.* & *l. ult. Cod. de hæred. vel. act. vendit.* Sed Imperator generaliter & indefinitè negat, ob culpam remotum fieri infamem; *ergò* nulla culpa infamat remotum.

III. In hunc modum efformant: ob culpam latam nemo poteſt privari vita, *l. 7. ff. ad leg. Cornel. de Sicariis.* ergò etiam ob culpam latam nemo poterit privari famâ; decantatum enim eſt, quòd vita & fama pari paſſu ambulent. *l.9. ff. de manumiſſ. vindict.* & *l. 8. §. pen. ff. quod metus causâ.*

IV. Depromunt, *ex l. 7. Cod. de ſuſpect. tutor.* ubi in hæc verba diſertè reſcribitur: *Suſpectos tutores ex dolo, non etiam eos, quæ ob negligentiam remoti ſunt infames fieri, manifeſtum eſt.*

V. Producunt, ex *l. 3. §. fin. ff. h. t.* ubi tutor remotus ob ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem in ea cauſa eſſe dicitur, ut integra exiſtimatione à tutela abeat, quæ verba *collectivè* ſumpta utique latam involvunt.

VI. Stringunt, ex *l. 7. §. 1. ff. h. t.* ubi remotus ob latam negligentiam dicitur ſolummodò quaſi ſuſpectus; *ergò* non eſt verè talis, conſequenter non removendus.

VII. Sic effingunt: ob quam culpam tutor non poteſt removeri tamquam ſuſpectus, de illa culpa non poteſt intelligi noſter §. *6.* ſed ob culpam levem tutor non poteſt removeri ut ſuſpectus; *ergò* de culpa levi §. *6.* non poteſt intelligi. Hôc argumentô utitur *Braun.loc.cit. n. 27. verſ. probatur 2.*

Verùm his argumentis licèt valdè ſpecioſis, in contarium nihil revelantibus, non attentis, magis arridet ſententia, quæ docet tutorem ob culpam latam remotum fieri infamem. Huic ſententiæ applaudunt *Hun. ad Treutl. vol. 2. diſp. 9. quæſt. 20. Bachov. ibid. lit. C. Zoëſ. ff. h. t. num. 9. Schamb. Inſt. hic. Vinn. hic.*

Pro qua ſtant hæc fundamenta

Primum & præcipuum ponitur *in l. quod Nerva 32. ff. depoſiti.* ubi lata culpa æquiparatur dolo: imò in *226. ff. de V. S.* lata culpa diſertè dicitur eſſe dolus, & *in l. 7. §. 1. ff. h. t.* lata culpa dicitur propè fraudem eſſe.

Non

Non movet, quod in delictis lata culpa non æquiparetur dolo. *l. 7. ff. ad leg. Cornel. de Sicariis*: hic autem versemur in delictis. Enim vero id tunc demum procedit, si talia sint delicta, quæ pœnam corporalem ingerunt, *d. l. 7.* secus est in delictis, quæ pœnam corporalem non ingerunt, in his enim lata culpa æquiparatur dolo. *l. 1. §. 1. ff. Si mensor. falsf. mod. dixerit.* ubi si mensor falsum modum renuntiat, lata culpa æquiparatur dolo; atqui mensor, falsum modum renuntiando, delinquit, *tot. tit. ff. si mensor fal. mod.* Ergo in delictis, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, lata culpa æquiparatur dolo. Accedit *l. 11. ff. de his, qui notant. infam.* Ubi per ignorantiam juris ducens viduam intra tempora luctûs fit infamis: sed ignorantia juris non est dolus; *ergo*, &c.

II. Colligitur *l. 5. §. 2. ff. commodati*, & *l. 23. ff. de R. J.* junctâ *l. 3. §. 1. ff. Nautæ, caupones, stabularii.* Quibus locis pro regula traditur, quod toties, quoties in jure simpliciter fit mentio culpæ, intelligatur culpa levis; atqui in nostro §. VI. fit simpliciter mentio culpæ, *ergo*, intelligi debet culpa levis.

Argumenta Contraria nullo labore profligantur.

I. Quidem ex paulò antè allegatâ regulâ prosternitur; quoties enim simpliciter fit mentio culpæ, intelligitur culpa levis. Nec movet, quod in dubiis interpretatio fieri debeat in mitiorem partem; negatur enim suppositum, nos versari in dubiis: siquidem per textus adductos meridianâ luce clariùs ostenditur, latam culpam excepto crimine pœnam corporalem ingerente, æquiparari dolo.

Deinde quando de sententia juris quæritur, usus præcipuè spectandus est. *l. 37. ff. de L. L.* de usu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. *Vinn. loc. cit.*

II. Procedit, si generis & speciei, item totius & partium sit eadem ratio, quæ nostro in casu diversa est; lata enim culpa æquiparatur dolo, idque ex auctoritate juris, prout abunde demonstratum.

Ad III. ℞. Vitam & famam non semper ambulari pari passu, sed eo fortè duntaxat casu quo militat favor libertatis, sicut in casu cit. *l. 9.* Accedit *l. 38. §. penult. ff. ad Leg. Jul. de adult.* Ubi dicitur, quod cujus famæ parcendum est, *multò* magis parcendum vitæ, ut satis innuatur vitam & famam non ubique pari deambulare passu.

IV. Nec hili, nec pili est; quis enim non intelligit, per negligentiam ibi designati duntaxat levem culpam?

V. Eadem responsione eliditur, quâ segnities, rusticitas, inertia, & simplicitas ibi levem tantum culpam denotant.

VI. Exinde nihil probat, quia potius confirmat quā infirmat nostrā sententiā. Quis enim adeo hospes est in jure, quin intelligat Particulam *quasi* idem designare, quod particula *tanquam*, *utpote*, *veluti*.

Ad VII. & ultimum. ℞. *conc. maj. nego min.* falsum enim est, tutorem ob levem culpam removeri non posse ut suspectum; enim vero omnis ille, qui tutelam non ex fide administrat, potest removeri ut suspectus; & licèt remotus ob culpam levem non fiat infamis, non tamen sequitur, removeri non posse, si id pupilli utilitas exigat, aliud enim est, posse removeri tutorem, aliud fieri infamem. a *Someting. Inst. h. t. n. 8.*

Quibus omnibus pro & contra deductis, patet in rigore juris, tutorem ob latam culpam remotum, fieri infamem licet judicando contrarium servari posse, autu-

autumet *Brunem. in l. ult. Cod. h. t.*

I Quis. 7.

25 Q. Hic, *an lite pendente*, sive *an durante suspecti cognitione tutor in administratione relinquatur, nec ne*?

Dixeris quod sic, quia pendente lite nihil innovandum *Clement.* 2. & *tot. tit. ut lite pendente.*

Verum hoc non obstante ℞. *Imperator*, quod interea tutori interdicatur administratio, donec cognitio finiatur, & pupillo curator detur. *Manz.* 3. *Schneid n.* 5. *Mynſ. num.* 5.

§. Sed Si. 8.

26 Q. Hic, *an suspecti crimen aliquando finiatur?* ℞. si tutor vel curator moriatur, etiam finiri cognitionem suspecti, ita ut nihil ad hæredes eorum transeat. Ratio: quia per accusationem suspecti aliud nihil intenditur, quam ut tutor removeatur, per mortem vero satis utique removetur. *Clariss. DD. Franz. n.* 22. *h. t.* ubi & hanc rationem addit, quod crimina morte reorum generaliter omnia extinguantur. *l.* 2. *l. Cod. si reus vel accusatus mortuus fuerit.*

§. Si Quis Tutor. 9.

Q. In hoc, *an tutor nulla alia pœna afficiatur, quam pœna infamiæ?* ℞. duos esse casus, quibus tutor non solum removeatur ut suspectus, sed etiam gravius puniatur. I. Casus est, si tutor citatus apud Prætorem sui copiam non faciat, & sine justa causa pupilli, ut ex illis eidem alimenta pro dignitate status, & quantitate patrimonii decernerentur: indicare renuat; tunc enim pupillus in possessionem bonorum tutoris immittitur. *text. hic.* Et si adhuc tutor, ista missione non obstante, pupillo alimenta non præstet, removendus est, ut suspectus. *Manz. n.* 6. & 7.

§. Sed Si. 10.

II. Casus est, si tutor quidem sui copiam facit, sed per mendacium negat, pupillo alimenta decerni posse. Hoc enim casu non tantum removetur, ut suspectus, sed etiam ad præfectum urbis puniendus remittitur. Sed qua pœna? *Manzius* putat, arbitraria, quæ toties locum habet, quoties leges volunt, aliquem puniri. Speciem tamen pœnæ non exprimunt. *l.* 1. §. 1. *ff. de effract. Menoch. de arbit. Jud. quæst. cas.* 401. *num.* 18.

§. Libertus 11.

Idem quod de tutore puniendo mox ante dictum est, extenditur ad libertum, qui fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni sui gessisse probatur. *text. hic.* & *l.* 2. *ff. h. t.*

§. Novissime Fin.

Quid si tutor suspectus satis offerat, & caveat se imposterum fideliter administraturum tutelam; erit tamen removendus: satisdatio enim malevolum tutoris propositum non mutat. *text hic.*

An laborans paupertate ut suspectus removendus: ℞. quod non, quia suspectus ille dicitur, qui non ex fide tutelam gerit. §. 5. *h. t.* qualis non est pauper. 27

Dices: testis pauper. *l.* 3. *ff. de testib.* pater adoptivus pauper. *l.* 17. §. 2. *de adopt.* accusator pauper. *l.* 10. *ff. de accusat.*

fat. funt fufpecti; *ergo* etiam tutor. ℟. *conc. ant. nego confeq.* Tametfi enim in jure reperiantur cafus, quibus paupertas nocere folet, non eft tamen facienda extenfio ad cafus diverfos; odia enim reftringi, & favores convenit ampliari. *Cap. odia de R. J. in 6. Manz.*

FINIS LIBRI PRIMI

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

Omnia ad Majorem DEI, Supremi Judicis Gloriam. Et intaminatæ Virginis fine labe Originali Conceptæ MARIÆ Advocatæ Noftræ honorem.



INSTI-



INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

LIBER II.

TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

SUMMARIA.

1 *Objectum Juris triplex est.*
2 *Res aliæ sunt divini, aliæ humani Juris.*
3 *An servitutes dicantur in bonis nostris esse.*
4 *Quæ res dicantur esse communes?*
5 *Publicum & commune in Jure quandoque confunduntur.*
6 *An detur Dominium maris?*
7 *Quænam res dicantur publicæ?*
8 *Flumen privatum in quo differat a proprio?*
9 *Littus quid sit?*
10 *Quo modo differat a portu?*
11 *Ripa quid sit?*
12 *Item, an publica sit? an privata?*
13 *Res Universitatis quæ dicantur?*
14 *Item, quæ res dicantur nullius?*
15 *Res sacræ quæ sint?*
16 *Et, ut tales efficiantur quid requiratur?*
17 *Res sacræ alienari nequeunt.*
18 *Limitatur in tribus casibus.*
19 *Res Ecclesiasticæ commercio humano obnoxiæ sunt.*
20 *Res Religiosæ quæ dicantur?*
21 *Mortuum inferre an & quando liceat in locum communem.*
22 *Corpus hominis si dividatur, quis locus sit religiosus?*
23 *Si cædes in confinibus commissa sit, quis dicatur Judex competens delicti?*

CONNEXIO.

Dictum §. *fin. de J. N. G. & C.* omne Jus Romanum, quo nos utimur, vel ad *Personas* pertinere, vel ad *Res*, vel ad *Actiones*; ita ut tria sint partialia Juris objecta. Cum itaque in Libro I. actum sit de *Personis*, utpote primo objecto Juris, justo ordine sequitur, ut de *Rebus*, veluti altero Juris objecto, 1

objecto, agatur. Nos autem hic rem non consideramus physice, contemplando ejus essentiam; sed juridice, considerando jus, quod circa rem habemus, *Manz. prin. Inst. hic n.* 5.

AD PRINCIP.

2 Res (inquit Imperator) vel sunt in patrimonio nostro, vel extra patrimonium nostrum; non vero satis declarat, quæ dicantur esse in patrimonio nostro, & quæ extra patrimonium: itaque nostrum est, id luculentius explicare; & tametsi arctiori significatione res in patrimonio nostro illæ dicantur, quæ a Patre profectæ sunt & ex ejus hæreditate, adeoque quas certo & proprio dominio possidemus *l.* 9. *ff. rem pupill. salvum fore l* 8. *ff. famil. hercisc.* hoc tamen loco in patrimonio nostro esse, nihil est aliud, quam esse in bonis nostris *l.* 1. *ff. de D. R.* in bonis autem nostris id omne contineri dicitur, ad quod possidentes exceptionem, amittentes actionem ad recuperandum habemus, *l.* 52. *ff. de A. R. D.* Unde sua sponte fluit, in patrimonio nostro non illas duntaxat res existere, in quibus verum, sed & illas, in quibus habemus quasi dominium. Sic non est dubium, tam res corporales, quam incorporales contineri in patrimonio nostro, v. g. Jura, servitutes, nomina debitorum &c. *Ratio* est, quia & harum respectu habemus exceptionem & actionem; *l.* 4. *ff. de V. S. Harp. Instit. hic. num.* 163. *Chlingen. q.* 3. *b. t.* Extra patrimonium nostrum dicuntur esse res, quæ de facto in nullius privati sunt patrimonio vel dominio; v.g. res communes, publicæ, Universitatis, nullius &c. Sane hæc divisio minus videtur esse accurata, ut diutius eidem inhærendum non sit. Melius forte fecisset Justin. si dixisset, res alias esse divini, alias humani Juris. Divini Juris, quæ neque actu, neque potentia humano commercio sunt obnoxiæ. Res divini Juris sunt v. g. res Sacræ, Sanctæ, Religiosæ. Res humani Juris iterum vel sunt in patrimonio nostro vel extra patrimonium nostrum. Illæ sunt, quæ in Dominio privato singulorum existunt. v. gr. Dominus, ager, &c. quem quis, tamquam proprium possidet. Hæ dicuntur, quæ defacto in nullius dominium pervenerunt. Huc pertinent res communes, publicæ, Universitatis &c. de quibus omnibus in ordine.

Dices: supra assertum est, servitutes esse in bonis nostris; sed servitutes non sunt in bonis nostris, *l.* 1. *ff. de usu & usufr. per legat. dat.* ergo. Hæc ipsa lex quantopere torserit Doctorum ingenia, dici non potest, & sane tot fere sunt ejus interpretationes, quot interpretum capita. Mihi placet ista responsio quod JConsultus non asserat, ipsam servitutem, in fundo alterius constitutam, non esse in bonis nostris, sed duntaxat usumfructum servitutis, v. g. itineris, in fundo alterius constitutæ non esse in bonis nostris, quia servitus servitutis constitui non potest. Itaque cum *in d. l.* 1. ususfructus servitutis legatus esse proponatur, quæritur, *an tale legatum valeat?* & deducitur, non valere, quia ille ususfructus neque in bonis, neque extra bona est, quia servitus servitutis constitui non potest; proinde in stricto Jure legatum tale corruit. Ex æquitate tamen legatario *in d. l.* 1. applicatur incerti actio, qua petit ab hærede, ut liceat ipsi legatario, quamdiu vivit uti illa servitute itineris. *Hertogg. ad Instit. h. t. n.* 2. *Hurn. var. resol. l.* 2. *tract.* 1. *q.* 4. vide aliter explicantem. *Harp. hic. n.* 168. *Zoes. lib.* 44. *d. A. R. D. n.* 3. 3

§. Et Quidem 1.

4 Q. in hoc §. *quænam res dicantur esse communes?* Ad quod Imperator non R. definiendo, sed exempla tantum enumerando; & quidem ratio definitionis omissæ ista redditur, quia omnis definitio in Jure periculosa est, parum enim est, quin subverti possit. *l.* 202. *ff. de R. J.* Præstat proinde, quod exempla recenseat quia Seneca teste, *epist. 6. longum iter est per præcepta, breve, & efficax per exempla.* Puto *res communes* haud inconcinne definiri posse esse illas, *quarum usus omnibus hominibus vacat, proprietas autem actu nullius est.* Dicitur *actu*, quia per apprehensionem alicujus fieri possunt & ita differunt a rebus Divini Juris, quæ neque actu neque potentia in dominium alicujus pervenire possunt, *Schamb. hic.* In hanc classem pertinent aer, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris, quia littora sunt veluti pars & accessorium maris; accessorium autem sequitur naturam sui principalis. *l.* 178. *ff. de R. J.*

5 Non obstat I. *l.* 45. *ff. de Usurp. & Usucap.* ubi littora maris dicuntur esse publica. R. enim, ibi publicum pro communi poni; hæc siquidem duo in Jure haud raro *l.* confunduntur. 2. §. 1. *l.* 12. *ff. de* D. R. *l.* 121. *ff. de A. R. D. Harp. princip. Inst. h. t. num.* 171.

Non refragatur II. *l.* 3. *ff. ne quid in loco publico* ubi littora, in quæ populus Romanus Imperium habet, dicuntur esse populi Romani: ergo falsum est, littora maris populi Romani esse non quoad usum & proprietatem; sed quoad protectionem, Jurisdictionem & imperium. Ut sensus sit: sicuti princeps Jurisdictionem exercet in omnibus bonis suorum subditorum, licet bona neque quoad proprietatem, neque quoad usum pertineant ad principem, ita quoque Romani Jurisdictionem in littora maris exercent tamen si littus maris ad ipsos non pertineat. Et sane magna ratio suadet, ut etiam in littora maris Jurisdictio detur: ne alias contingat, ut crimina in mari commissa maneant impunita, contra *l.* 70. §. 5. *ff. de fidejuss. Schamb. hic, & Zoes. de D. R. n.* 5.

Manet itaque indubitatum, quod aer, aqua profluens, & mare, item per hoc & littora maris communia sint. Unde infero: quod cuilibet liceat uti Aere ad spirandum, aqua profluente ad hauriendum, ad lavandum, ad aquandum pecora, Mari ad navigandum, ad piscandum, item littore maris ad retia illic siccanda, ad gemmas ibi colligendas, ad naves appellendas, ad casam exstruendam, ita, ut casa vel ædificium ibi exstructum, una cum solo, fiat ædificantis, *l.* 6. *ff. de D. R.*

Nec adversatur, quod solo impositum solo cedat. §. 29. *Inst. h. t.* quia hoc procedit de solo privato non etiam de solo communi: quod enim commune est, cedit occupanti, *l.* 14. *ff. de A. R. D.* ita tamen, ut ædificio sublato, statim locus rursus fiat communis & ad suam naturam redeat; res enim communes in Dominio occupantium non manent diutius, quam ab iis possideantur. *Wesemb. Inst. h. t.* §. 1. *num.* 7. & res facile redit ad suam naturam. *l.* 27. §. 2. *ff. de pact. Manz. hic. n.* 27.

Ad Vers. Dum Tamen.

Tametsi in loco, jure naturæ communi, cuivis ædificare liceat; id tamen non aliter procedit, quam si ædificium usui publico & aliis ædificiis, villis & monumentis non noceat, *text. hic.* ratio: quia non sunt Juris gentium, sed propria ædificantium, qui illa exstruxerunt

runt & ædificarunt. *l. 50. ff. de A. R. D. Harp. hic. n. 14.*

Dices : si mare commune est, quo titulo ergo Rex Daniæ sibi vindicat dominium maris Balthici, Rex Angliæ dominium sinus Britannici, Veneti dominium maris Adriatici, Rex Hispaniæ & Galliæ dominium maris Mediterranei? Quo titulo multi arcentur? Si denique mare commune est, & usus omnibus vacat, quo titulo gabellæ & vectigalia a navigantibus exiguntur? R. prædictos Reges justa ex causa potuisse sibi appropriare dominium maris, & a navigantibus exigere gabellas & vectigalia. Fac enim, mare piratis esse infestum. Fac ad littora, & portus reparandos requiri magnos sumptus, ut naves ibi tuto liceat appellere. Fac, necesse esse, oras maritimas custodire, ne nimium excurrat unda maris. Nunquid causa satis justa est exigendi gabellas & tributa, quibus mare a piratis purgetur, portus ad recipiendas naves accommodentur, & denique oræ maritimæ intra suos terminos conserventur? Hoc itaque titulo memorati principes gabellas exigunt, dominiumque maris sibi arrogant, *Zoes. ff. de D. R. num. 9.*

6 Sed quæres: *An Mare sit capax dominii humani?* Dixeris prima fronte, quod non. I. Quia non potest dari dominium rei, quæ occupationem atque terminationem respuit; sed mare terminationem respuit, quia universus Oceanus non continetur, sed continet, cum (ut docent *Geographi*) major sit ipsa terra; ergo non potest dari dominium maris. II. Mare Jure naturali omnium commune est, §. 1. *hic. l. 2.* § 1. *ff de D. R.* ergo non potest venire in dominium hominis, cum Jus naturæ sit immutabile, §: 11. *Inst. de J. N. G. & C.*

Verum lubeat in periculoso controversiæ hujus Oceano vela facere in eorum sententiam, qui contendunt, mare capax esse dominii humani, prout ita docent *Franz. Inst. P. 1. §. 5. num. 17. h. t. Braun. tract. de dominio, cap. 6. §. 2. n. 2.* Facit I. quod ex natura rei non repugnet dominium maris; ergo datur dominium maris. Ant. probatur: Omnis illa res admittit dominium, de qua homo potest libere disponere in ordine ad omnem usum, cujus res illa est capax; atqui hoc modo potest homo disponere de mari, potest enim quis sibi arrogare Jus navigandi, transeundi commerciorum causa, piscandi, imponendi vectigalia, &c. ergo potest mare cadere sub dominium humanum. Facit II. quod DEUS contulerit homini Jus in omnia inferiora. *Genes. 1. v. 28.* ergo, cum nullus Textus occurrat, in quo excipiatur mare, recte infertur, a DEO collatum quoque esse homini Jus in mare.

Ad I. R. *Distinguendo min.* sed mare terminationem respuit propriam, *conc.* impropriam. *neg. min. & conseq.* Tametsi mare terminari non possit termino proprio, potest tamen terminari termino alieno, sive improprio. Sic potest mare terminari & dividi Promontoriis, Insulis, eminentibus scopulis, vel etiam gradibus cœlestibus, ut intelligi, atque discerni possit latitudo & longitudo dominii, quod quisque Principum sibi arrogat. Ad II. R. Disting. iterum *antec.* Mare iure naturali commune est, permissivo *conc.* positivo seu Præceptivo, *neg. antec. & conseq.* quod autem Jus naturale permissivum mutabile sit, suppono ex dictis ad *cit.* §. 11. *Inst. de J. N. G. & C.*

§. FLUMINA. 2.

Q. quænam res dicantur publicæ? Ad 7 hoc iterum Imperator non R. definiendo, sed duntaxat exemplificando: Pote-

R. [illegible]

Respublicas definiri posse esse *illas, quarum proprietas est alicujus populi, usus autem omnium hominum. Perez. Inst. hic.* In hunc censum pertinent, I. Flumina perennia, quæ semper fluunt, *l. 1. §. 3. ff. de flumin. v. g.* Albis, Danubius, Rhenus &c. Dico *perennia, & quæ semper fluunt*: illa enim flumina, quæ interdum aquis deficiunt, ita ut non sint apta ad publicum bonum, (puta navigationem) dicuntur flumina privata. Flumen autem privatum iterum differt a proprio; quod proprium illud dicatur, cujus dominium privatus sibi arrogat, forte quia illud in prædio alicujus privati oritur, & per illud discurrit, ita *Schneid. n. 6.* Ego salvo judicio *Schneidew.* puto, flumina publica illa dicenda esse, quæ quoad proprietatem sunt certi alicujus populi, quoad usum vero omnium hominum, sive deinde sint perennia, necne; privata vero, quæ sunt in dominio & usu privati, ita, ut nemo in iis piscari possit. Quo sensu etiam flumina publica, possunt fieri privata, puta ex concessione Principis, vel, præscriptione, vel alio quocunque titulo. *Manz. Inst. hic.n.* 53. II. Huc pertinet Portus, qui est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, *l 3.§. 13.ff.de flumin.* III. Huc pertinet Ripa, de qua & quomodo differat a Portu & a Littore, §. 4. *h. t.* disseremus.

Ad Vers. Ideoque.

8 Ex dictis, quod flumina sint publica, infert Justinianus, quod quilibet in publico flumine, & portu ejus piscari, navigare vel naves ibi appellere possit: *ratio* non est alia, quam quod res publicæ quoad usum omnium hominum sint communes; itaque nemo potest alterum prohibere, quominus in flumine publico piscetur, adeo ut prohibens teneatur actione injuriarum, *l. 13. §. ult. ff. de injur. Berlich. p. 5. conclus. 51. num. 2.*

Hodie Jus piscandi in fluminibus publicis passim principes sibi arrogant atque flumina publica hodie quoad proprieratem de regalibus principis, per cujus territorium discurrunt, esse dicuntur; ita, ut nulli liceat in fluminibus publicis piscari, nisi a Principe licentiam habeat, aut navigare, nisi certas gabellas & vectigalia persolvat. *Manz. n. 35. hic Finsterwalder P. 2. obs. 58. n. 35.* Quo titulo autem Principes muniti sint, ut flumina publica quoad proprietatem sibi arrogent, tempus non patitur excutere.

Dices: Aqua profluens est res communis, ut dictum ℞. 1. *h. t.* Sed flumen est aqua profluens, ergo flumen non est publicum, sed commune. ℞. Flumen considerari posse dupliciter *formaliter* & *materialiter*. Formaliter spectatum, sive in quantum coercetur his ripis, ac in æstimatione morali semper idem manet, est juris publici, §. 2. *h. t.* Spectatum vero materialiter, sive secundum aquas, quas vehit, ac quæ motu continuo decurrunt, est res communis, §. 1. *h. t. Harp. numer. 5. §. 1. h. t. Manz. num. 24. hic. & Franz. loc. cit. num. 20.*

§. Est autem 3.

Littus est locus ille, quatenus hybernus fluctus a mari (puta nostro non mediterraneo, hoc enim nimis exæstuat) maximus excurrit, *text. hic. & l. 96. ff. de V. S.* Ratio autem, quare dicatur, quousque hibernus fluctus excurrit, est, quia fluctus hybernus major est quam æstivus, & in hyeme mare ad ulterius, quam in æstate, spatium excurrit. 9

Dices: subinde mare excurrit ad longinquas civitates, & agros; ergo male hic littus per exclusionem hyberni fluctus

tus definitur. R. Inspiciendum esse illud spatium, quousque communiter excurrere mare consuevit. *Manz. n. 4. hic.*

10 Differt littus a portu, quod portus sit publicus, hoc est, quoad proprietatem sit certi cujusdam Populi, quoad usum vero communis: contra vero littus sit commune tam quoad proprietatem, quam quoad usum. Ratio *differentiæ* est, quod littus nullius populi expensis requirat, ac proinde a nullo occupetur. Econtra portus muniri debent, ac instrui ad naves recipiendas. Dum igitur muniuntur ac instruuntur, hoc ipso a populo occupantur, fiuntque ejus proprii? *Franz. Inst. h. t. p. 1. §. 60. n. 20.*

§. RIPARUM. 4.

11 Ripa nihil est aliud, quam extremitas fluminis, sive illa terra, quæ flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens, *l. 1. §. 5. ff. de fluminib. publ.* sive ripa est illa terra, qua cursus fluminis continetur *Franz. loc. cit.* Jam quæritur: *An ripæ sint publ. an sint privatæ, an communes?* Dixeris prima fronte ripas esse simpliciter publicas, I. Quia ripa est pars fluminis; atqui flumen est publicum, ergo etiam ripa, quia pars sequitur totum, & accessorium suum principale, *Cap. Accessorium, d. R. J. in 6.* II. Idem est ripa in flumine, quod littus in mari: atqui littus est commune sicuti mare; ergo etiam ripa quoad proprietatem erit publica, sicuti flumen.

12 Verum, his non attentis. R. Imperator, ripas quoad usum, esse publicas, quoad proprietatem vero esse privatas, hoc est, quoad usum pertinere ad omnes sicuti ipsum flumen; quoad proprietatem vero pertinere ad eos, quorum prædiis ripæ cohærent: sive esse illorum, qui circa flumen prædia possident, *text. hic.* Ratio, quod ripa quoad proprietatem ad illos pertineat, qui prædia habent vicina, est, quia onus muniendi ripam illis incumbit, qui vicina prædia habent; ut proinde sic liceat arguere: commoda sequuntur eum quem sequuntur incommoda; sed riparum incommoda, si forte ripæ morsu fluminis latiores fiant aut reparatione indigeant, pertinent ad eos, qui vicina prædia habent, ergo etiam commoda ripæ, id est, proprietas ad illos pertinebit, *arg. l. 10. ff. de R. J.* Ita *Perez. Inst. hic.* Ratio vero, quod ripæ, quoad usum, publicæ sint, est quia sine usu riparum fluminis usus commode retineri non posset, vel certe incommodior futurus esset. *Harp. n. 4. hic. & Vinn. hic.*

Ad primam dubitandi rationem, R. neg. maj. tam parum enim est ripa pars fluminis, quam parum Schyphus est pars vini, quod continet, *Vinn. 4. h. t.* Ad alteram dubitandi rationem, R. *neg. paritatem.* Ratio differentiæ est, quia flumina censentur alveos suos & ripas ex privatorum agris adjacentibus detraxisse, adeo ut istæ non fluminum sed agrorum partes esse intelligantur. Id inde evidens est, quod flumina sæpe alveos mutare, atque ex agris novos alveos, & ripas facere solent, mare vero eundem alveum cursum & littus ab initio acceptum retinet. Ideoque alveus, & littus maris non privatorum, sed propriæ vel ut partes ipsius maris esse censentur. *Harp. hic. num. 5. & 6.*

Ex dictis, quod riparum usus publicus sit, hoc est, quoad usum omnibus vacet, infert Imperator I. Quod cuilibet liberum sit naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in iis reponere, &c. nemo enim publico uti prohibendus est, *Manz. n. 10. hic.* Infert II. arbores in ripis natæ eorum sint, qui habent vicina prædia, *text. hic.*

hic. & *l.* 5. *ff. de D. R.* Ratio quia subjecto solo cedit superficies. *Manz. d. l.* Sane tametsi riparum usus publicus sit, hoc tamen cum grano salis intelligendum est, ut eatenus duntaxat procedat, quatenus ratio utendi fluminis exigit usum riparum. Quare quæ non sunt necessaria ad usum fluminis, in ripis non licet facere. Sic in ripa fluminis, invito eo, cujus prædiis inhæret ripa, ædificare non licet; si quis de facto ædificium exstruxerit, potest dominus ripæ non duntaxat illud, sed quodcunque aliud, quod dominio ripæ præjudiciale est, propria authoritate destruere, *l. quemadmodum* §. 1. *ff. ad leg. Aquil. l.* 16. *ff. de S. P. R. Clariss. D. Finsterwalder l.* 3. *obs.* 58. *n.* 4. Sicuti autem quis extraneus nihil in ripa facere potest, quod præjudiciale est dominio ripæ, ita neque dominus ripæ quoquo modo usum fluminis impedire potest, *l. fin. ff. de usu & habit.* Quo pertinet, ne itineri pedestri juxta flumen protrahendis sursum navibus necessario, vulgo *denen Hochenauen*, impedimentum fiat, *l.* 1. §. 14. *ff. de S. P. R. D. Finsterw. loc. cit. num.* 6.

§. LITTORUM 5.

Hic iterum redit ad littora *Imperator*, aitque illorum usum publicum esse, & juris gentium, ut proinde cuilibet liberum sit casam ibi ponere; dummodo tamen bonum publicum non impediatur. *Ratio* quia nemo publico uti prohibendus est. Proprietas vero littorum (abstrahendo a consuetudine privata) sicuti proprietas maris, actu nullius, sive communis est, *text. hic.* Littora enim imitantur naturam maris, huic enim subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur. *Vinn. Inst. hic.*

§. UNIVERSITATIS. 6

13 Res Universitatis sunt quarum proprietas ad certam civitatem, collegium, communitatem, vel universitatem, id est *einer Gemeine*, pertinet; usus vero omnium de illa universitate communis est: id genus res sunt *theatra, stadium, forum, curia, viæ publicæ, &c.* Hodie res universitatis dicuntur, *curiæ, scholæ, fora, balnea publica, campi Martii, pascua, nemora, sylvæ cæduæ &c. die Gemeine Weyden, Schüß-Hütten, Höltzer, Tantz-Häuser, &c. Schamb. Inst. hic.* Unde sua sponte fluit, quod singuli de Universitate in balneo se lavare, in campo ludere, in sylvis ligna cædere, in pascuis sua pecora pascere possint: nemo enim publico uti prohibendus est, quinimo prohibens teneretur actione injuriarum, *l.* 13. §. *ult. ff. de Injur. Manz. n.* 7. *hic.* & *Harp. n.* 6.

Q. II. *An civis in causa Universitatis possit esse testis?* vide *Schneid. num.* 4.

§. NULLIUS. 7.

Res nullius sunt, quæ sunt extra commercium hominum, tam actu, quam potentia; seu, quæ in nullius bonis sunt, vel esse possunt, neque quoad proprietatem, neque quoad usum. Tales sunt res Divini juris, quæ scilicet cultui divino consecratæ sunt, quales sunt, *res sacræ, religiosæ, & sanctæ.* 14

Dices: Res, pro derelicto habitæ, *thesaurus*, item *feræ* sunt nullius & tamen dominio humano subjici possunt, ergo falsum est, res, quæ nullius sunt, dominio humano subjici non posse. R. illas duntaxat res proprie dici nullius esse, quæ neque actu, neque potentia dominio humano subjici possunt; atqui pro derelicto habitæ, item thesaurus & feræ, sunt ita a natura comparatæ, ut saltem potentia dominio humano subjici possint *Manz. hic. n.* 8.

§. SA-

§. SACRÆ 8.

15 Res sacræ sunt, quæ rite, hoc est, solenniter secundum ritum & morem Ecclesiæ DEO consecratæ, hoc est, ad cultum & ministerium DEI dedicatæ sunt, *text. hic.* in quam classem pertinent ædes sacræ, & donaria: Item calices, vasa, vestimenta, libri & id genus plura, *Manz. n.* 1.

16 Ut autem res sacra efficiatur, plura concurrant, necesse est. I. ut res per illum divino cultui destinetur, qui Jus consecrandi habet, qualis est Episcopus, Antistites, & plures alii, quibus concessum est pontificalia exercere, *Nov.* 67. *cap.* 1. & 2.

Hinc si pietate privata res divino cultui destinetur, v. g. si quis forte sacellum domesticum ædificet, sacra non efficitur, sed profana manet, *l.* 9. §. 3. *ff. de D. R.* Item si quis rem aliquam voverit, sacra non efficitur, *l.* 2. *de ff. de pollicit.* Ratio non est alia, quam quod sacrum aliquod non fiat, nisi publica autoritate, quæ deficit in privato. II. Ut adhibeantur solennitates Jure definitæ, §. 8. *hic.* III. Ut proxime & immediate ad cultum divinum destinetur. Unde sua sponte sequitur, vineas, prædia, agros, & fundos ecclesiasticos non esse sacros, quia non proxime deserviunt cultui divino, sed ad hoc habentur, ut necessitati ministrorum serviatur & consulatur, *Manz.*

17 *num.* 11. & *seqq. hic Schneid. num.* 2. *Franz. Inst. p.* 1. §. 1. *h. t.* Circa res sacras est regula, quod non subsint commercio humano, ut paragrapho præcedenti diximus, adeoque neque alienari, neque obligari possunt, quia quod semel DEO dicatum, non est amplius ad humanos usus transferendum *cap.* 3. *de rer. permutat. Schamb. hic.* ista tamen regula tres patitur exceptiones. I. Est si Ecclesia ære alieno oneretur, & facultates aliæ non suppetant, quibus æs alienum expugnatur, *Nov.* 120. *cap.* 10. *auth. præterea Cod. de Sacrosf. Eccles.* 2. Si redimendi sint captivi, & nihil aliud suppetat ut redimantur, *text. hic.* Ratio, quia animæ hominum quibuscunque vasis & vestimentis præferri debent, *l.* 21. *Cod. d. t. Manz. num.* 8.3. Si pauperibus succurrendum, *d. l.* 21. Hoc est, si intoleranda fames ita premat pauperes, ut vita periclitentur; tunc enim eorum vitæ succurrendum: Ecclesia enim non habet aurum, ut servet, sed ut eroget, subveniatque in necessitate, *cap.* 70. *caus.* 12. *q.* 2.

Extra hos casus si res sacræ alienatæ vel obligatæ fuerint, poterunt ab Ecclesia vindicari, ita ut emptoribus neque pretium restituatur, *d. l.* 21. *Schneidew. num.* 5. *Franz. loc. cit.* Sane si res sacræ subeant vicem accessorii, ut si quis vendat *civitatem* cum *templis*, *arcem* cum *sacello*, *fundum* cui annexum est *jus patronatus*, alienatio rei sacræ per modum accessorii facta valet, modo tamen ratione rei sacræ non augmentetur pretium, *c.* 13. ✠ *de Jure patronat. Hertogh. Inst. h. t. n.* 4.

Longe profecto judicium aliud est de *rebus ecclesiasticis*, hæ enim commercio 19 humano sunt obnoxiæ: *ita ut vendi, alienari, & acquiri* possint; dummodo solennitates requisitæ adhibeantur, hoc est, ut vendantur cum cognitione causæ, decreto superioris & consensu capituli, de quibus vide *tot. tit. extra de reb. Eccles. alienan.* Schneid. *Inst. hic. num.* 9. *Engl. d. t.*

AD VERS. LOCUS.

Quæritur hic: an locus, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ etiam diruto vel collapso ædificio sacer maneat? R. Affirmative, *text.*

text. hic. & *in l.* 13. *ff. de contrah. empt.* Ratio quia locus semel sacer numquam talis esse desinit, *Manz. n.* 7.

Non refragatur: ædificio in littore maris posito, collapso, vel terræ motu vel exundatione aquarum destructo, locus fit iterum communis & reddit ad pristinam causam, *l.* 6. *ff. de* D. R. Ergo idem erit in nostro casu. Nam respondetur *con. ant. negando conseq.* quia consecratio non solum fit ædificii, sed etiam loci, & ipsum etiam afficit. *Harp. n.* 11. *hic.*

Dicta procedunt de jure civili: de Jure Canonico si Ecclesiæ, ruina, terræ motu, aut incendio dissecratæ sint, omnia ex integro peragenda sunt, perinde ac si numquam consecratæ fuissent, *cap.* 20. *quæst.* 1. *de consecrat.* Nisi tectum dumtaxat corruisset, parietibus manentibus illæsis, *cap.* 6. *ꝟ. de consecrat.* Consecratio enim non fit in tectis, sed in parietibus, in quibus fiunt cruces & inunctiones; & Ecclesia semel consecrata non debet iterum consecrari, *Manz. hic. num.* 9.

§. Religiosum.

20 Quæritur in hoc Paragrapho: *quænam res dicantur religiosæ*? Et respondetur, illas res, sive illa loca dici religiosa, quæ cadaveribus sepeliendis destinata sunt, sive in quæ mortuus aliquis illatus, ibique sepultus & humatus est.

Ad vers. Unusquisque.

Ex hoc versiculo colliges, quod de jure civili, quisque privatus sua voluntate locum possit religiosum facere, dum mortuum infert in locum suum. Et in hoc statuitur differentia inter res sacras & religiosas. Illæ enim publica Pontificis vel Episcopi authoritate per consecrationem; hæ vero privata voluntate per mortui illationem tales efficiuntur, *Manz. n.* 12.

Dixi de Jure Civili, aliud enim obtinet de Jure Canonico, ut videlicet privata authoritate, hoc Jure inspecto locus non fiat religiosus per illationem mortui, sed per solius Episcopi consecrationem. Unde videmus loca certa, quæ cœmeteria appellamus, sepeliendis mortuis destinata esse, & ab Episcopis consecrata. *cap.* 3. *caus.* 13. *q.* 1. *cap.* 2. *ꝟ. de sepult. cap.* 4. *de Religios. domib. Franz. Inst. p.* 1. §. 3. *h. t. Schneid. n.* 8.

Ad vers. Communem.

Quæritur hic, *an in locum communem, vel in alienum mortuum inferre & ibi sepelire liceat*? Respondetur 1. In communem locum purum, id est, eum, in quem nullum hominis corpus illatum est, invito socio mortuum inferre non licet; ratio, quia in re pari potior habetur, & est conditio prohibentis. *l.* 28. *ff. commun. divid.* Excipe tamen, si quis ex sociis alibi sepeliri non possit, *l.* 41. *ff. h. t.* 21

Dixi *in locum purum*, secus est, si locus sit religiosus, hoc est, si socii commune sepulchrum habent, hoc enim in casu invito socio licet inferre quemlibet mortuum. *Ratio differentiæ est*, quia in re communi socius partem socii deteriorem facere non potest, *l.* 68. *ff. pro socio l.* 46. *ff. de S. P. R.* fit autem locus purus illatione mortui deterior, qui efficitur religiosus, hoc est commercio humano eximitur. §. 8. *h. t.* At cum locus jam est religiosus, id est, cum est sepulchrum commune, socius mortuum inferendo non nocet. Deinde socius etiam invito socio, re communi uti potest, modo ad eum utatur finem ad quem res destinata est, ut *sepulchrum. arg. l.* 10. §. *ff. commun. divid. Hunn. ad Treutl. vol. post. disp.* 18. *th.* 1. *lit. D. q.* 2.

Respondetur II. Si unus in fundo habet proprietatem, & alter usumfructum, tunc

tunc proprietarius non potest fundum religiosum facere, nisi consentiente usufructuario, & rota versa. *text. hic.* & *l.* 2. §. 7. *ff. de religiof. & sumpt.* Ratio est in aperto, quia proprietario causam sive conditionem fructuarii deteriorem facere non licet, *l.* 15. §.6. *ff. de usufr.* Neque usufructuarius proprietarii. *l.* 13 §.4. *ff. de relig. & sumpt.* atqui per illationem mortui conditio fructuarii aut proprietarii redderetur deterior, *arg.* §. 7. *Inst. h. t.* Ergo.

Respondetur III. In locum prorsus alienum cadaver inferre non licet, & si quis defacto inferat, tenetur vel tollere, quod intulit, vel solvere loci pretium, *l.* 7. *de religiof. & sumpt. Franz. Inst. h. t. p.* 1. §. 3. *num.* 6. Sane si Dominus consentiat, utique licebit mortuum inferre; volenti enim & consentienti non fit injuria, *l.* 1. §. 5. *ff. de Injur. Harp num.* 10. *hic.* Item est si Dominus ab initio quidem non consenserit, postea tamen illationem ratihabuerit. *text. hic.* Ratio, quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato æquiparatur. *cap. ratihabitionem de R. J. 6. Manz. num.* 28. Quod porro circa particulam *non* hic authores dubii movent dignum non est ut illi insudemus. Vide *Harpr. loc. cit. n.* 18.

22 Quæres III. *Quid si corpus hominis dividatur, quis locus erit Religiosus?* R. in quo recumbit membrum principale, puta caput, quia hoc imago est unde dignoscimur, *l.* 44. *ff. D. R.* Quod si caput ipsum divisum sit, ille locus Religiosus erit, ubi pars anterior jacet, quia & per hanc a reliquis animantibus dignoscimur. Si deni que & ista pars divisa sit, sunt qui putent, utrumque fieri religiosum, eo quod summa sit ratio quo pro religione facit, *l.* 43. *ff. de D. R.* Mihi tamen placet, neutrum fieri religiosum, *arg. l.* 44 *ff. h. t.* ubi aperte decidiur, quod una sepultura plura sepulchra non possit efficere. *Schamb. hic.*

Quæres IV. *Si cædes in confinibus vicinis, & sese quasi contingentibus commissa fuerit, qui erit Judex competens delicti?* 2

Variæ sunt hujus *quæstionis sententiæ*, sunt, qui putent, illum esse judicem competentem, in cujus territorio caput jacet, quia hoc est principalior pars hominis, *d. l.* 44. *ita Zanger de excep. p.* 2. *cap.* 1. *num.* 137. *Harp. Inst. hic. num.* 5. Sed displicet hæc sententia; esto enim caput principale corporis humani membrum sit, tamen exinde non probatur, cædem ibi commissam esse, ubi jacet, cum facile ab uno loco in alium volvi potuerit, præsertim si a trunco avulsum fuerit.

Sunt alii, qui opinentur, illi judici competere cognitionem, in cujus territorio pedes jacent, eo quod ibi vulnus inflictum videatur, ubi pedes terram premunt, ut proinde præsumatur per lapsum dumtaxat reliquum corpus in alterius territorium procidisse. Sed neque horum dogma arridet; quoties enim accidit, ut lethali vulnere affectus per aliquod itineris spatium procurrat? quoties fit ut cadaver ab uno loco rapiatur in alium? quoties contingit, ut morituri diu cum morte luctentur, ac dolorum impatientia ab uno loco, in alium seipsos volvant? & quid, si quis in fuga trajiciatur, & sic in alio loco trajectus concidat, humique procumbat, quam ubi stetit trajiciens? sane ex eo, quod pedes aliquo in loco jaceant, non infertur, ibi delictum patratum esse.

Rectius meo judicio sentiunt, qui in casu, quo omnes conjecturæ prorsus deficiunt, ad utriusque territorii Dominos simul pertinere docent cognitionem delicti. Ratio: quia in dubio illa opinio amplectenda est quæ magis studet disciplinæ publicæ, & discordias tollit; qualis videtur posterior. *Ita Bachov. ad*

Z 3 Treutl.

Treutl. vol. 1. *disp.* 19. *th* 4. *Carpzov. p.* 2. *q.* 11. *num.* 34. ubi ait, si in uno tantum territorio sanguis appareat, magnam esse præsumptionem, ibi delictum commissum esse. Item si tale vulnus aut ictus fuerit, ut in omnium existimatione vero simile sit, quod trucidatus de loco quo stetit pedem movere non valuerit, pariter præsumptionem esse sat violentam, ibi delictum consummatum esse. Vide quoque *Bocer. de Jurisdict. cap.* 9. *num.* 12. qui iterum alterius est opinionis, quam tamen resultat. *Carpzov. loc. cit. num.* 19.

§. SANCTÆ 10.

24 Res sanctæ dicuntur, quæ peculiari lege ab omni injuria & violatione hominum munitæ atque defensæ sunt. Unde advertis, denominationem rei sanctæ a forma extrinseca, puta, speciali sanctione qua res ab omni violatione defenditur, provenire. In hunc censum pertinent. 1. DEUS T. O. M. Beatissima Virgo, & cœlites qui non tantum theologice, sed etiam civiliter sancti sunt, sanctionibus capitalibus constitutis in blasphemantes. *Nov.* 77. *cap.* 1. §. 1. II. Imperator, *l. ult. cod. ll. ibi.* quid enim majus; quid sanctius imperiali est majestate? III. *Imperium Romanum*, (*das heilige Römische Reich.*) IV. *Portæ & muri civitatum.* Nam pœna capitis statuta legitur in eos, qui aliquid in portas, & muros civitatis deliquerunt. *text. hic & l. ult. ff. de D. R. Franz. Inst. h. t.* 4. quod tamen cum grano salis intelligendum, videlicet, quod ille demum pœna capitis afficiatur, qui animo hostili aliquid in portas, & muros civitatis deliquit, forte quia portas fregit, ut hostes intromitteret, vel muros transcendit ut civitatem traderet.

Si vero quis non animo hostili muros civitatis transcenderit, non pœna ordinaria sed extraordinaria afficiendus erit. Sic is, qui fugam arripuit, & adversarium persequentem aliter evitare non potuit, si exiliit e muro, aut per funem se demisit, nequaquam pœna capitali afficiendus est, quia ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemit, *l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ante sentent. Harp. n.* 19. *Manz n.* 10. Ubi refert Dolo in comitatu Burgundiæ se vidisse, quod cum quis vallum transcendisset, non hostili animo, neque contemptus aut ludibrii causa veluti Remus Romæ fecit; propterea fuerit fustigatus. Simile exemplum recenset. *Carpzov. part.* 1. *q.* 40. *num.* 11. quod is qui animo non hostili muros civitatis transcendit, pœna perpetuæ relegationis affectus fuerit. Verum enim vero, cum in *l. ult. ff. de D. R.* mentio duntaxat fiat de violatoribus urbis Romæ,

Q. V. *An etiam pœna capitalis locum habeat in violatoribus murorum & portarum reliquarum civitatum, & municipiorum?* Sunt, qui *negativam* fortiter propugnent, *ita Schneid. n.* 3. *hic. Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 20. *th.* 1. *lit. C. Menoch. l.* 5. *arbit. jud. quæst. cent.* 5. c. 453. *num.* 2. *Moventur l. quia d. l.* 5. nominatim loquitur de civibus Romanis, ut proinde, inclusio unius sit exclusio alterius II. Quia in *ead. l. fin.* fit mentio exempli Romuli, & Remi, qui posterior, cum saltu muros Romæ insultaret, à Romulo, fratre suo dejectus esse perhibetur, ut proinde constitutio *d. l. fin.* de muris duntaxat Romæ procedere videatur. In violatores murorum municipiorum competit interdictum, sive actio extraordinaria, prout docet. *l. pen. & l. ult. ff. ne quid in lo. publ.* IV. quia odia restringenda sunt. 25

Verum, rejectis his argumentis, *affirmativa* præplacet, cui quoque applaudunt *Hunn. ad Treutl. loc. cit. q.* 1. *Harp.*

num.

num. 6. & 7. Carpzov. loc. cit. num. 12. Franz. Inst. §. 4. *num. 14 h. t.* Ratio sola, sed solida est, quia is, qui res sanctas hostili animo violavit, capitali supplicio debet affici, *text. hic.* sed muri, & portæ municipiorum sunt res sanctæ *l. 8. ff. de D. R* his verbis: *In municipio quoque muros esse sanctos, Sabinus recte respondit.* Accedit, quod ideo pœna capitalis in Violatores muri civitatis Romæ statuta sit, quia abominandum est alia, quam per portas via è civitate egredi, quæ ratio in omnibus aliis muris militat, quam sententiam pariter solidissime firmabat, Gloriosissimæ Memoriæ Augustissimus Imperator Leopoldus *in art. bell.* 29. ubi ex allegata ratione transgressoribus murorum cujuscunque fortalitii pœnam capitalem decernit; cui sanctioni, utpote subjectæ materiæ omnino naturali, & praxi firmatæ, standum erit. Ergo

Ad I. R. Cives Romanos non dumtaxat illos dici, qui sunt incolæ urbis Romanæ; sed & omnes omnino, qui Imperio Romano subsunt, *l. 17. ff. de stat. hom.* II. exinde cadit, quod exempla non restringant, sed regulam declarent, *l. 1. §. 25. ff. de vi, & vi armata.* III. Non tractat de casu, quo quis animo hostili, & ludibrii causa muros civitatis transcendit; sed de illo casu, quo quis inædificavit muros civitatis. *Hunn. d. lo.* IV. Facilis est *Solutio*, illa enim regula tunc demum procedit, nisi favor reipubl. cum odio privato concurrat, nam, si favor reipubl. simul concurrit cum odio privato, tunc odia extendi, & ampliari possunt, quia odium privatum cedit favori publico ac proinde odia non restringuntur; atqui in nostro casu concurrit odium privatum, & favor publicus, cum publice intersit, muros civitatis non violari, pulchre *Harp. n. 26. hic.*

V. Res sanctæ etiam sunt *Leges*, *l. 9. §. 3. ff. de D. R.* non tamen omnes; sed illæ in quarum transgressores gravior pœna legitur constituta. Sicuti enim muri civitatum dicuntur sancti, quia speciali jure ab omni violatione hominum sunt muniti; sic quoque leges dicuntur sanctæ, si speciali jure ab omni violatione hominum sunt munitæ: *d. l. 9, §. 3. & l. 41. de pœnis.*

VI. Rebus sanctis annumerantur *termini lapidales*, vulgo *die marckt-Stein*, quos transferre non tantum lege divina prohibitum est, *Deuter* 8. 18. 14. his verbis: *Non assumes, & transferes terminos proximi tui. c. 27. v. 17. Maledictus, qui transfert terminos proximi sui.* Sed etiam ab urbe condita recenset *Wesemb. in parat. fin. regund. num. 2. & Mynsing. §. quædam actiones. Inst. de act.* NumaPompilius constituit pœnam capitalem in eum, qui lapides finibus movisset. VII. Res sancta dicitur *Domus propria*, quæ, teste Cajo *l. 17. ff. de in jus vocando*, tutissimum sit refugium atque receptaculum. VIII. Res sanctæ dicuntur *Asyla, Legati, Ministri publici.* Item loca, quibus *salva Guardia* est præfixa, vulgo *der Burg-Fried*; ut, si quis ibi delinquat, mutilatione manus puniatur. De quibus omnibus, & adhuc aliis rebus sanctis vide *Manz. Institut. h. n. 14. usque ad num. 31.*

§. SINGULORUM. II.*

Res singulorum sunt *res privatæ*, sive 26
unius cujuscunque propriæ, quæ scilicet sunt in privatorum, & singulorum Dominio; harum autem Dominium acquirendi modi duo sunt *Naturalis & Civilis.* Naturalis acquirendi dominii modus est, qui inter homines peræque servatur, ut *Occupatio, Traditio, &c.* Civilis, qui inter Cives Romanos lege quadam introductus est, v. g. *Usucapio, aditio hereditatis, &c.*

AD

AD VERS. COMMODIUS.

Declarat hic *Imperator*, quod prius de modis naturalibus acquirendi agere velit, quia a vetustioribus incipiendum est; atqui palam est, vetustius esse Jus Naturale, quam Jus Civile. Naturale enim cum ipso genere humano prodiit; Civile vero tunc esse cœpit, cum civitates condi, Magistratus creari & leges scribi cœperunt, *text. hic.*

27 Diximus duos esse acquirendi Dominii. Jam vero priusquam agamus de illis modis acquirendi Dominii, juvabit in vestibulo nonnihil trutinasse, *Quid sit Dominium*? Dominium a variis varie definitur, prout videre est apud Glettle *part. 1. select. quæst. 13. n. 2. & Clariss. P. Ludovic. Pabenstuber, in tit. de J. & J. p. 1. cap. 1. §. 3. n. 13. Haunold. tit. 2. de J. & J. cap. 1. controv. 2. §. 7. n. 62.* Mihi placet, quod Dominium sit *Jus, de re aliqua plene, ac libere disponendi nisi id jure vel conventione prohibeatur.* Ita docet *Manz. ad rubr. h. t. n. 13. Schneid. §. 11. Inst. h. t. n. 2. Schamb. Inst. hic.*

Dicitur I. Jus, quæ vox loco generis posita est? multi enim præter Dominum sunt, qui habent jus: sic, qui *servitutem*, *pignus*, vel *hypothecam* habet, dicitur, habere Jus in re: item, qui *obligationem* vel *actionem* habet, debet habere Jus ad rem, ut proinde latius pateat Jus, quam Dominium. *Quid vero sit Jus in re, & Jus ad rem*, alibi dicemus; interea vide *Franz. Inst. h. t. p. 2. §. 1. num. 1.*

Dicitur II. *de re aliqua*, subintelligitur corporali, ad differentiam rerum incorporalium, in quas Dominium proprie non cadit; sed in illis dicimus habere jus, veluti si tibi competat *servitus pascendi in alterius fundo*, non diceris habere Dominium istius servitutis, sed jus *l. 25. ff. de V. S.*

Non obstat *l. 3. ff si usufr. petat.* ubi dicitur, Dominium ususfructus dari; sed ususfructus est res incorporalis: ergo etiam rei incorporalis datur Dominium. Enim vero R. in res incorporales Dominium cadere duntaxat improprie. *Harp. Prin. Inst. h. t. n. 13. Schneid. Inst. hic. n. 2.*

Dicitur III. *Perfecte, & libere disponendi*, ad differentiam possessionis, quæ est jus insistendi rei corporali, *l. 1. ff. de acq. vel amit. poss.* Et in hoc præcipuum dominii officium est, quod quis perfecte, & pro libitu de re aliqua, cujus est dominus, disponere, atque adeo non tantum uti, & frui, sed & illa abuti possit. Quilibet enim est rei suæ moderator, & arbiter, *l. 21. Cod. mandati*; & abusus rei suæ cuilibet est concessus *arg. l. 25 ff. de hæredit. petit.* Ubi apparet differentia dominii a Jure in re. Tametsi enim vasfallus, Emphyteuta, fructuarius jus in re habeant; non tamen pleno jure disponere possunt. Item creditor, qui pignus, vel hypothecam habet, dicitur habere jus in re; & tamen non potest regulariter alienare pignus, aut illo abuti. *Manz. rubr. Inst. h. t. n. 16. Harp. princ. Inst. h t. n. 30.*

Dicitur IV. *nisi lege, vel conventione prohibeatur*, quia reperiuntur aliqui, qui licet rerum suarum sint domini, tamen res suas alienare, vel libere de iis disponere non possunt, forte, quia lex ipsis administrationem ademit, vel, quia se ipsos pacto vel conventione libera disponendi facultate privarunt. Sic *maritus*, licet sit dominus rei dotalis, *l. 9. Cod. de R. V.* lege tamen *Julia* prohibetur, consentiente uxore illud alienare, cum reipublicæ intersit, dotes mulieribus conservari, *l. 1. ff. solut. matrim.*

Item

Item *pupillus*, & *minor*, licèt sint domini rerum suarum, non tamen possunt sine tutore, vel curatore authore de rebus suis plenè disponere, §. 2. *Inst. quib. alienari licet*, *Schn. num.* 3. & *Manz. num.* 19. Sic quoque, tametsi quis rerum suarum dominus sit, pacto tamen liberam disponendi potestatem sibi potest restringere; pacta enim dant legem contractibus *l.* 23. *ff. de R. J.* ubi tamen tenaci memoria servandum, multum interesse an jure, seu lege, an conventione tantum alienatio inhibita sit? priori enim casu alienatio, contra prohibitionem facta, ipso jure nulla est: posteriori verò adhuc tenet, *arg. l.* 15. *Cod. de R. T.* Ratio *differentiæ* est, quia pacta contrahentium non nisi personas contrahentes ligare, lex verò & ipsas res potest afficere. Unde contraveniens pacto, actum, quò alienat, non facit nullum, nisi lex specialiter concurrat, *l.* 7. §. *ff. de distract. pig.* sed tenetur duntaxat parti ad interesse, quanti scilicet pactum interest servatum non esse. Ita in terminis *Schamb. hic. Brunnem.*, *in d. quotiens.* 15.

28 *Dividitur* dominium in *plenum*, & *minus plenum.* Plenum est jus disponendi tam quoad proprietatem, quàm quoad usumfructum. Minus plenum est jus disponendi vel tantum de proprietate, vel tantùm de usufructu.

Minus plenum dominium *subdividitur in directum*, & *utile.* Directum vocatur, quod penes eum est, qui tantum habet nudam proprietatem. Utile vocatur, quod penes eum est, qui habet usum, & omnem utilitatem, ex proprietate provenientem. Directum dominium dicitur habere dominus directus in rebus feudalibus, & emphyteuticis. Utile verò habere dicitur Vasallus, Emphyteuta in bonis feudalibus, & emphyteuticis. Sunt, qui istam *divisionem* rejiciant, eò quòd *Kees ad Instituta.* authoritate juris destituta, & in nullo textu juris fundata sit; ast, cùm rem ipsam reperiamus *in lib.* 2. *Feud. tit.* 8. *cap.* 1. §. *rei*, in verbis *quasi dominus*, ista logomachia curanda non est, & malo, doctrinæ melioris causa, id quod usu recepto invaluit sequi, quàm de lana caprina rixari: Plures dominii divisiones tradit *Schamb. Inst. hic* & *Franz. p.* 2. §. 2. *Inst. h. t.* ergo illas alio loco, magis congruo, discutiam.

Dices: omnia inter homines sunt communia, ergò gratis forte disceptetur de rerum divisione aut distinctione dominii, ℞. Verum esse quòd in Primordio mundi, & ab initio generis humani omnia fuerunt communia. Verum per peccatum originale natura humana adeò corrupta est, ut sæpè robustiores, & potentiores prohiberent alios à rerum usu & fructu, atque adcò ignavi semper alieno labore ali, & sustentari vellent, magis suarum virium præcellentiæ confisi, quam laboris industriæ intenti; ideo ratio naturalis dictabat, iniquum esse, quod ignavi, & desides alieno labore alerentur; & cum præterea appareret, sine rixis, atque discordiis, quas parit communio, *l.* 77. §. 20. *ff. de legat.* 2. communem rerum usum procedere non posse, facta est rerum divisio, earumque dominia distincta sunt. *Schneid. n.* 9. *hic. Mynsing.* §. 1. *Inst. de J. N.* & *C. n.* 5.

Jam verò, *an dominiorum. distinctio rectæ rationi*, & *sacris litteris consentanea sit*, *ac conformis*, discutere longum foret. Quòd jure divino confirmata sit, docet sat luculenter septimum præceptum decalogi: *Non furtum facies.* Deinde, filios Adami, protoplasti, & primi parentis nostri, habuisse distinctos & proprios greges, agrosve, patet ex *Gen. c.* 4. *v.* 2. 3. & 4. ubi legitur, quod Cain de fructibus terræ, Abel verò de

Primogenitis gregis sui munera DEO obtulerit. *Accedit* præterea, quòd frequenter in sacris paginis fiat pauperum & divitum mentio, atque inter eos distinctio, *Exod. c. 22. v. 25. c. 23. v. 2. 6.* & 11. Quæ distinctio inepta foret, si rerum divisio Juri divino, aut sacris paginis adversaretur. *Harp. n. 55.* ubi prolixè calamò tuetur divisionem rerum, & illam dari plus quàm manifestum est, ut proinde, quàm quisque rem sibi propriam fecit, illa sine facto suo privari non debeat *l. 11. ff. de R. J.* jus enim quæsitum nemini invito auferendum est, *l. fin. ff. pact.* ubi tamen

29 Q. VI. *An Princeps subditos suos jure quæsito privare possit?* R. Interesse, an justam causam, puta *utilitatis* publicæ, habeat, necnè? Si Princeps causam justam non habeat, intrepidè tenendum subditos suos Jure quæsitò privare non posse. Ita uno ore docent *Harp. prin. Instit. h. t. n. 115. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 6. num. 5. Mynsing. centur. 5. obs. 93. Gail. 2. obs. 56. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 1. th. 6. lit. A.* item *th. 5. lit. H.* Ratio I. desumitur ex *l. 11. ff. de R. J.* quæ docet, id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse. Quæ ipsa regula, cum fundata sit in ipso Jure naturali, etiam in persona Principis locum obtinet, utpote, qui legibus, & principiis naturalibus non est exemptus, *Zoës. ad. ff. de ll. num. 24.* Ratio II. desumitur à notabili exemplo, quo DEUS Regem Achab graviter punivit, eò quòd vineam Nabothi vi atque injuria occupaverit. *3. Reg. 21.* ut exinde satis liqueat, non licere Principi sine justa causa subditos Jure quæsito privare, *Hunn. var. resol. lib. 9. tract. 1. q. 2.*

Non obstat. I. *l. 1. ff. de const. princ.* & *§. 6. Inst. 6. J. N G.* & *C.* ubi expressè rescribitur, id, quod principi placuit, habere vigorem legis; atque adeò, si principi placuerit, alteri Jus quæsitum auferre, id pro lege observandum erit. Enim verò R. id demum, quòd principi placuit, habere vim legis, quod non repugnat Juri naturali, aut Juri divino; jam verò paulò antè demonstravimus, repugnare Juri naturali, & divino sine justa causa alterum Jure quæsito privare.

Non *Obstat.* II. quòd Imperator sit dominus mundi, *l. 9. ad leg. Rhod. de jact.* & omnia quæ in mundo sunt, Cæsaris esse intelligantur, *L. ult. Cod. de quadrien. præscript.* ergo princeps de omnibus rebus poterit pro libitu disponere; quilibet eni est rei suæ moderator, & arbiter, *L. 21. Cod. mandanti.* R. enim I. in *d. l. 9.* mundum non esse accipiendum pro universo terrarum orbe; sed duntaxat pro territorio Cæsaris. Deinde principem esse dominum territorii sui, quoad Jurisdictionem & protectionem; non etiam quoad proprietatem singularum rerum. R. II. *d. l. ult.* quod illa tantummodo procedat de bonis patrimonialibus, & fiscalibus, de quibus ibidem agit *Imperator*; non verò de bonis subditorum.

Non *Obstat.* III. Quòd sacrilegii instar sit, de potestate Summi Principis dubitare, aut disputare. *L. 3. Cod. de crimin. Sacrileg.* Siquidem R. *d. l. 3.* non procedere in iis, quæ tendunt in præjudicium, & detrimentum tertii: ut puta, si princeps in consiliarium, vel ad aliud officium elegisset talem, qui vel propter ætatem, vel propter rerum notitiam minus idoneus foret; hoc in casu dubitare, & disceptare, num dignus satis sit, necne, sacrilegii instar foret; Princeps enim, promovendo inhabilem, aut minus idoneum, censetur eundem habilitasse, ac defectum supplevisse. *l. 57. de Re jud.* Longè aliter se res habet in iis, quæ sine legitima causa ex plenitudine potestatis

potestatis per principem in grave præjudicium tertii fiunt: veluti si cui res suas, vel Jus quæsitum auferret; tunc enim quærentem, & investigantem, an Jure id fiat, sacrilegii arguere amentia foret. *Harp. loc. cit. num.* 132. Ubi adhuc 10. *argumenta contraria* resolvit.

Non *Obstat.* IV. Quod in principe sit pro ratione voluntas, ut alia justa causa non desideretur ad Jus quæsitum alteri auferendum; sed sufficiat plena, & absoluta potestas, quâ princeps pollet. ℟. enim ex dictis voluntatem principis, sine justa causa alteri Jus quæsitum auferre volentis, non principis esse, sed tyranni. Nec agnoscimus in principe absolutam, & plenam potestatem; hæc enim tyrannica est, & princeps ex Jure gentium, & ab ipsis populis ordinariè, & immediatè constitutus est, ut populi utilitatem, & salutem reipublicæ procuret. *Bachov. loc. cit. th.* 5. *lit. H. Hunn. var. resol. loc. cit.*

Si princeps justam causam habeat, puta emolumentum, vel necessitatem reipublicæ, *Communi* D. D. calculo comprobata est sententia, posse subditis Jus quæsitum tollere, & eos rerum dominio privare. *Gail. l.* 2. *obs.* 56. *Hunn. var. resolut. loc. cit. q.* 3. *Mynsing. loc. cit. Ratio* sola, sed solida est, quòd favor publicus privatæ utiliti præferendus sit, *l.* 3. *Cod. de primipilo.* Hinc illud Ciceronis. *Salus Reipublicæ suprema Lex esto!* Et, publicæ utilitatis gratiâ, à regulis Juris communis frequenter receditur, multaque permittuntur, quæ alias sunt interdicta, & prohibita, *l.* 51. *in fin. ff. ad leg. Aquil.*

Non *adversatur*, quod naturali æquitati repugnet, cum alterius jactura locupletari, *l.* 206. *ff. de R. J.* aut alterum lædere *l.* 10. *ff. de J. & J.* §. 3. *Inst. eod.* ℟. enim dicta principia naturalia non procedere in iis, ubi versatur justa causa, puta favor, & salus reipublicæ. Hoc enim in casu favor publicus utilitati privatæ præferendus est. Quotiescunque enim concurrunt duæ rationes naturales, illa vincit aliam, quæ fortior est, qua'is est, quæ fundatur in utilitate publicâ. *Clariss. P. Konig. ad decret. lib.* 2. *tit.* 29. *n.* 4.

Ex *dictis* suâ sponte fluit, quòd princeps, utilitatis publicæ causa domum subditi sui demoliri, aut ejus fundum, urbi vicinum pro dilatandis fossis, vel extruendo propugnaculo occupare, aut suburbia destruere, vel incendio, ne hostes eò se recipiant, consumere possit; ita tamen, ut princeps pretium rei destructæ ex æratio publico teneatur refundere, vel, si ærarium non sufficiat, cives compellat contribuere, ut pretium refundi possit. *Gail. loc. cit. num.* 8. & 9. *Hunn. var. resol. loc. cit. Vasq. lib.* 1. *illust. cont. c.* 5. nisi ipsorum privatorum conjuncta cum principe inseparabilis utilitas rei talis eversionem exposcat.

§. Feræ 12.

I. Et antiquissimus dominii, Jure naturali acquirendi, modus est *Occupatio*, 3
quæ nihil est aliud, quàm earum rerum, quæ nullius propriæ, sed Jure naturali omnium hominum communes sunt, apprehensio. Tales res sunt *feræ bestiæ*, *volucres*, *pisces*, & omnia *animalia*, quæ *mari*, *cœlo*, & *terrâ* nascuntur. Hæc simul, atque ab aliquo capta sunt, Jure gentium statim fiunt capientis, *text. hic.* & *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Ratio, quia circa res, quæ nullius, & communes sunt, obtinet *regula*, quòd cedunt occupanti, *text. hic.* Sicuti autem triplicis generis sunt animalia, puta *terrestria*, *aquatilia*, & *volatilia*, ita quoque tres sunt species occupationis, puta *Venatio*, *Piscatio*, &

Aucupium. Per venationem occupantur animalia terrestria, per piscationem aquatilia, per aucupium volatilia. *Schamb. Inst. hic. Gail. l. 2. obj. 66. 67. & 68.*

AD VERS. NEQUE INTEREST.

Diximus : *animalia fieri occupantis.* Hoc loco traditur ampliatio prædictæ conclusionis, ut videlicet nihil intersit, sive quis capiat volucres, & feras in suo sive in alieno fundo ; *ratio*, quia aër communis est omnibus ; in aëre autem aves volant, & feræ bestiæ, ob instabilitatem, qua hinc indevagantur, magis aere quam terra contineri videntur : sicuti ergò tam in meo, quam in alterius fundo aërem possum capere, ita aucupari, aut venari possum ta m inmeo, quàm in alieno fundo. *Perez. Inst. hic.*

AD VERS. PLANE.

Si quis fundum alienum ingrediatur, venandi, aut aucupandi gratia à domino fundi, si is præviderit, poterit prohiberi, ne ingrediatur; me enim invito, non licet vicino ire per agrum meum *l. 11. Cod. de servitut.* Quòd si, prohibitione non obstante, ingressus fuerit, actione injuriarum tenetur, *l. 13. §. fin. ff. de injur.* quia vim, & injuriam facere dicitur, qui, invito domino, in ejus fundo versatur. *Manz. n. 3.* fera tamen, contra prohibitionem capta, fit occupantis, nec tenetur domino fundi illam occupans restituere, ita *Harp. n. 19.* Ratio, quia prohibitio non facit, ut fera, in fundo alieno consistens, desinat esse communis; licet enim fundus sit privatus, feræ tamen bestiæ, quæ in eodem liberè vagantur, communes adhuc, & in nullius bonis sunt, ut proinde naturali ratione occupanti cedant. *Manz. 26. Perez. Instit. hic.*

Dixi : *nec tenetur Domino fundi illam occupans restituere*, quoniam tum demum quis obligatur ad restitutionem, quando alteri res sua ablata est : atqui fera, licèt in fundo alicujus liberè vagetur, antequam vivario includatur ; non est domini, *l. 1. & l. 3. ff. de D. R.* ergo illam non tenetur restituere. *Harp. n. 22. Schneid. n. 7. hic. Franz. p. 2. §. 3. n. 22. Inst. h. t.*

Non repugnat, quòd ex delicto suo nemo debeat reportare commodum. *l. 12. §. 1. ff. de furt.* atqui, domino prohibente, ingredi fundum ejus, feramque capere est delictum. *l. 16. ff. de S. P. R.* ergò. Enim verò. ℞. *disting. maj.* Ex delicto suo nemo debet reportare commodum, si delictum directè, & proximè concurrat ad commodum, *conc. mag.* si remotè, & indirectè, *neg. mag. & conc. min.* sic *distincto conseq. con. & neg. conseq.* Commodum, quod reportat venator, reportat proximè ex captura, & occupatione feræ, existentis in naturali libertate ; non verò ex ingressu, qui remotè tantum, & indirectè ad commodum concurrit ; & magis nocet, quàm prodest ingredienti, utpote producens actionem injuriarum *l. 13. §. fin. de Injur.* Sanè, reportare commodum indirectè ex delicto in Jure non videtur paradoxum esse, prout patet in emptore secundo, qui in dominio rei traditæ prævalet primo ; & ex nuptiis, contra priora sponsalia contradictis, utpote quæ ponunt legitimum matrimonium. *Franz. loc. cit. num. 23. & Harp. num. 30.* ubi plura argumenta contra resolvunt, quæ omnia allegare prohibet instituti ratio.

AD VERS. QUIDQUID.

Q. hic, *quamdiu fera maneat in dominio occupantis* ? ℞ *Imperator* eousque, donec occupantis custodia continetur, & coërcetur, quam si evaserit, & in naturalem

ralem libertatem se receperit, ipsius esse desinere, atque rursus communem, adeoque iterum occupantis fieri. In naturalem verò libertatem se recepisse tunc intelligitur, cum vel oculos nostros penitus effugerit, vel ita in conspectu nostro sit, ut difficilis sit ejus persecutio, *l. 9. ff. h. t.* quod prudentis viri arbitrio, ex circumstantiis dijudicandum relinquitur. *Schamb. hic.*

Dicta de Jure communi obtinent; aliud *de consuetudine* servatur, qua inspecta, principes hodie Jus venandi sibi arrogant. Imò Jus venandi hodiernis moribus Regalibus principis accenseri, & Investituris ab Imperatore principibus, & aliis nobilioribus vasallis specialiter conferri, pauci sunt, qui non acriter propugnent. *Hermes ad Jus publ. c.* 11. *numero* 164 *Speidel. in suo specul. lit. J. verb. Jagen. Rosenthal. de feud. cap.* 5. *concl.* 94 *num.* 9. *Carpz. p.* 3. *const.* 32. *defin.* 17. *num.* 10. ubi ait, nemini hodie etiam in suo territorio, venari licecere, nisi cui id nominatim est concessum. Quare ipsam sententiam in hoc Austriæ Archi-Ducatu servari, satis constat ex Mandato generali *Ferdinandi I. de dato* 21. *Maii* 1557. *& Ferdin. II. de dato* 8. *April.* 1631. *Clariss. D. Funsterw. lib.* 3. *obs.* 145. *n.* 26.

Venatio secundum hodiernos mores vulgò *dividitur* in *altam* & *bassam*; sive in bannum ferarum superiorem, & inferiorem. (In nostra vernacula *in den hoch und niedren Wild-Bahn*). In Primam classem revocantur *das roth-und schwartze Wildprat als Hirsch, Wild, Baren, Schwein.* i. e. *rubentes seu fulvæ & nigritantes feræ, qualis sunt Cervi, ursi, apri.* In secundam classem spectant, *Rehe, Fuchs, Hasen, Måder, Wild-Katzen.* Item *Hasel. Hüner, Reb Hüner, Schnepffen, Crobet-Vögel, Wild-Enten, &c.* i. e. *Capreæ, vulpes, lepores, feles sylvestres, attagenes, perdices, gallinagines, feri anseres &c.* De Jure Austriaco venatio alta, sive bannus ferinus superior germano idiomate vocatur *der Wild Bahn.* Venatio verò bassa, sive bannus ferinus inferior *das Reisz-Gejagt. N. Oe. Ordn. de Jurib. incorpor. tit.* 9. §. 1. *Clariss. D. Funsterw. l.* 3. *obs.* 146. *n.* 7. ubi ait, vigore *der N. Oe. Reisz Gejagts Ordn.* illum, cui bannus ferinus superior, (*der Wild-Bahn*,) competit, nihil habere præcipuum, quam *Hirschen, Wild, Baren, und Schwein*, cætera verò, puta capreas, capricorneos, & rupicapras; item phasianos, tardas, tetraones, attagenes, perdices, &c. *Rehe, Stein Böck, Gems, Fasanen, Trappen, Auerhahnen, Hasel- und Reb-Hüner, &c.* pertinere ad Venationem bassam, sive bannum ferinum inferiorem. Porrò, cum Jus venandi subditis, uti ab experientia luculenter constat, per principes ademptum sit, ideò

Q. VIII. *An Principes Jus venandi subditis suis Jure potuerint adimere?* Sunt qui *negativam* sustineant, quos recenset *Didac. Covarruv. in c. peccatum de R. J. in* 6. *p.* 2. §. 8. *num.* 1. & *Fach. l.* 1. *c.* 1. Moventur I. Princeps non potest tollere Jus naturale, atqui Jure naturali cuilibet licet venari, *text. hic Wesenb. paratit. num.* 7. *de A. R. D.* ergò. II. Per *l.* 13. §. *ult. de injur.* ubi in hæc verba disserte rescribitur: *sæpissimè rescriptum est non posse aliquem piscari prohiberi, vel aucupari.* Si principes Jus venandi subditis suis prohibere possent, vel maximè titulo immemorialis præscriptionis deberent se tueri; sed isto titulo non possunt se tueri, quia res meræ facultatis, qualis est *Venatio*, non recipit præscriptionem, *l.* 2. *ff. de via publ.* ergò.

Verùm, his in contrarium nihil remorantibus, vera est, & communi *D. D. suffragio* comprobata *Sententia*, principes potuisse subditis suis Jus venandi Jure adimere. Ita tenent *Fach. l.* 1. *cap.* 1. *Harp. Inst. h. t.* §. 12. *num.* 93. *Zoës. ff. de A. R. D. n.* 13. *Manz. hic. num.* 44. *Schamb. hic. Gletle Jurisprud. terrib. tom.* 1. *part.* 2. *c.* 2. 3. 6. *num.* 2. *Carpzov. p.* 2. *de crimin. q.* 88. *num.* 7. Ex Theologis *Molin. tom.* 1. *de J. & J. tract.* 2. *disp.* 41. *Less. lib.* 2. *de J. & J. c.* 2. *dubit,* 7. *Haunold. tract.* 5. *de J. & J. cap.* 1. *controv.* 3. *n.* 74.

Prob. I. Quia jus naturale non vult positivè, & absolutè, ut feræ, volucres, pisces, & cætera animantia sint communia, sed tantùm negativè & permissivè; quatenus nullius sunt, & naturali Jure vacantia; ergò Jus eorum adhuc est relictum dispositioni Principis; qui si illud subditis suis adimat, nullum privat proprietate aut jure quæsito, sed tantummodò facit ne Jus venandi sit in incerto.

Prob. II. Princeps potest ex justa, & rationabili causa Jus, alteri quæsitum, auferre, uti patet ab exemplo præscriptionis, ergò multo magis subditis poterit venationem prohibere, tum, quòd facilius tollatur Jus quærendum, quàm quæsitum. Atqui justa ratio, & causa exegisse videtur, ut subditis Jus venandi adimeretur, ergò Jure ademptum est: *subsumptum* ostenditur, quia vaga, & promiscua venandi licentia reipublicæ summopere foret nociva. I. Quia subditi valdè avocarentur à cultura agrorum, vini, &c. aliisque laboribus necessariis, quibus civitates conservantur. II. Quia prætextu venationis subditi instruerētur armis, atque ita excitandis rixis, atque homicidiis, & latrociniis committendis fenestra aperiretur. Quia promiscua venandi licentia ingentem ferarum sollicitudinem produceret, ut fortè celerius vulpanserem trajicere posses, quàm veram vulpem. IV. Quia conditioni Principis valde consentaneum est, ut recreationem habeat, qua curas publicas soletur. Cæterum, si tibi dentes in carnem ferinam pruriant, æquò pretio eandem licebit emere, *Gletle loc. cit.*

Ad I. ℞. *disting. maj.* princeps non potest tollere Jus naturale; positivum, sive absolutum *conc. maj.* atqui Jus naturale vult commune esse Jus venandi negativum *con.* positivum *neg. min.* & *conseq.* Jus naturale non statuit positivè, ut animalia ita communia sint, ut in communi omnium dominio permaneant sed potius ut nullius sint. Illa autem quæ nullius sunt, ex causa publicæ honestatis, certo hominum ordini, à principe alteri conferri, aut sibi arrogari posse, vix ullus est mentis tam insanæ, qui neget. Ad II. ℞. istam legem loqui de privato, venationem, vel piscationem prohibente sine justa causa. Ad III. ℞. I. Posse etiam principes se defendere titulo immemorialis præscriptionis, prout docet *Clariss. D. Funstervv. loc. cit. obs.* 45. *num.* 4. Res enim meræ facultatis etiam admittunt præscriptionem; dummodo ex parte unius interveniat prohibitio, & ex altera parte acquiescentia, *l.* 10. *ff. si servit. vind. l.* 6. *ff. de S. P. U. Harp. Inst. hic num.* 118. *Chligen. Inst. h. t. q.* 27. *ob.* 2. atqui valde credibile est, Principes subinde subditis suis Jus venandi prohibuisse, ac prohibitioni subditos acquievisse. ℞. II. Principes, vi potestatis ordinariæ, suis subditis Jus venandi tollere potuisse: Princeps enim ea omnia facere potest, quæ justa ratione fundantur, & in reipublicæ emolumentum redundant, prout redundare prohibitionem venandi, suprà demonstratum est.

Cæterùm

Cæterum tametsi Principes Jus venandi sibi arrogent, non tamen possunt prohibere subditis, ne arceant, aut abigant feras à satis, aut fructibus depascendis, cum cuivis liceat sua defendere contra quemcumque privatum; consequenter à potiori contra bestias, quas utique subditi alere non tenentur cum gravi suo detrimento. *Hannoldt. loc. cit. num. 76. Franz. Inst. h. t. p. 2. §. 3. num.* 12. Sané, Principes obligari, ad damna resarcienda, quæ per Venationem, aut nimiam ferarum multiplicationem consultè subditis intulerunt, nullus est, qui dubitet. *Molin. d. tit. 2. disp.* 47. *Zoës. ff. h. t. n.* 14.

32 Q. VIII. *An pœnâ capitali affici possint, qui contra prohibitionem venantur*? Item, *an tales teneantur ad restitutionem*? ℞. I. Non paucos velle, ad restitutionem in conscientia feripetas non teneri, quia furtum non committunt, occupando rem communem, & prohibitio Principis non facit, quò minus feræ communes sint, utpote, quæ in nullius dominio sunt, & demum occupatione efficiuntur propriæ, *Scham. hic.* ℣. *Dices secundo.* ℞. II. Tutius esse, ad pœnam capitalem non decurrere contra feripetas; indignum enim, & homini inconveniens est, hominem ad Imaginem DEI creatum, & Christi membrum, propter feram bestiam mactari. *Bichov. vol. 2. disp. 20. th. 3. lit. A.* Accedit, quòd Carolus V. Imperator omnes fures in sua constitutione criminali puniverit; Feripetarum verò nullam mentionem fecerit: quare pœnæ graviores, à principibus feripetis passim injunctæ, non ex bestiæ intuitu, sed legis pœnalem talem comminantis transgressione, in quam delinquens tacitè consentire præsumitur, dimetiendæ sunt. Illud tamen facilè *concessero*, feripetam, ter vel quater prehensum, & correctum, si quinta vice revertatur, tanquam incorrigibilem, & contemptorem Majestatis humanæ, vita privari posse, juxta decantatum illud; *qui Principi non obedierit, morte moriatur*! vide *Gletle Jurisprud. terrib. tom.* 1. *p.* 2. *c.* 2. §. 6. *à n.* 8. *usque ad fin.*

§. Illud 13.

Q. hic, *an fera, ita vulnerata, ut capi possit, cedat vulneranti; an capienti?* Trebatio, aliisque placuit eousque videri vulnerantis, donec eam persequatur; quasi licere non debeat, feram ab alio vulneratam, eidem eripere, & vulnerantem, dum eandem persequitur, insidioso cursu antevertere. Deinde potentia, propinqua actui, pro actu habetur; ergo etiam fera bestia, ad mortem usque vulnerata, haberi debet pro mortua.

Hóc non obstante, contrarium statuit *Imperator*, aitque capientis esse, ex ratione, quia multa accidere possunt, ut is, qui lethaliter vulneravit, eam non capiat. Ex hac ratione infert *Schamb.* Si hæc circumstantia, videlicet, quòd nihil accidere posset quod impediret á captu, feram vulnerantis esse: sicuti, si in laqueum inciderit, ita, ut se extricare nequeat, cedit laqueum ponenti, *lib.* 55. *ff. h. t.* Ad *rationem dubitandi* ℞. quod potentia, propinqua actui, pro actu habetur. Si nihil possit intercurrere, quo actus impediatur, vel si potentia ita propinqua sit, ut actus necessario sequatur; ex vulnere autem mors non necessario sequitur.

§. Apium. 14.

In *præmissis dictum* est, quod per occupationem ferorum animalium acquiratur eorum dominium. Verùm cùm de-quibus

quibusdam animalibus dubium sit, num *fera* sint, num *mansueta*? Ideò hic *imperator* tria genera animalium declarat; quædam enim prorsus fera ut *cervi, ursi, apri, lepores &c.* Et in his locum habet *regula* (puta de Jure communi) quòd cedant occupanti. Quædam naturaliter sunt fera, sed consuetudine cicurata, & hominum industria ita mansuefacta, ut à nobis abeant, redeantque, avolent, revolentque, veluti *columbæ, pavones*, & quandoque *cervi*, &c. Quædam naturaliter mansuetæ sunt, veluti *gallinæ, anseres, domestici*, &c. *Manz. n. 2. hic.*

33 Q. nunc, *qualia animalia sint* apes, ad quod ℞. Imperator: *apium quoque feram esse naturam.* Unde sequitur, & in his *regulam* locum habere; videlicet, quòd cedant occupanti. Sicuti autem volucres, quæ in arbore nostra consederunt, nidumque fecerunt, non prius nostræ efficiuntur, nisi occupantur; ita etiam apes quæ in arbore nostra consederunt, & mellificarunt, antequam alveo includantur, nostræ non sunt: ideò, si alius eas incluserit, dominus earum efficitur per occupationem, *text. hic.* poterit tamen volens ingredi fundum tuum, ad includendas apes, à te prohiberi, ne ingrediatur, & post prohibitionem ingrediens, & includens apes, licet earum dominus fiat, tamen actione injuriarum conveniri, sicuti *suprà* diximus. Quòd si verò examen apium evolaverit ex alveo tuo, tam diu manet tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis redditur ejus persecutio. *Schneidw. num. 5.*

Dicta procedunt de apibus sylvestribus, de quibus est *l. si apes 26. ff. de furt.* nam in his, quæ cicures factæ sunt, de quibus *textus* extant in *l. 8. ff. famil. bercis.* & ex consuetudine, ac diuturna assuefactione avolare & revolare solent, ea potiùs locum habent, quæ in sequenti §. habentur. *Manz. 13. Wesenb. Inst. hic n. 2.* Quid jure Austriaco circa apes obtineat, vide *die Satz-und Ordnung. de Jurib. incorp. tit. 9. §. 7. 8. 9. & 10.* ubi habentur ista verba: *Vann ehem ein* &c. i.e. *Si examen apium evolaverit à domino, idque trans viam (über einem gewandten weg) (in alieno fundo vel arbore consederit, Dominus autem insequatur, ne sedem remotiorem petant, licet ei illud colligere, verum tamen non movebit, donec ei ad quem pertinet fundus vel arbor renunciatum sit; atque huic favus unus erit tribuendus. Ubi autem examen, quod trans viam alieno fundo vel arbori insedit, nemo persequitur, tunc licet ejus fundi vel arboris possessori examen colligere & auferre; nec de eo quicquam impertiri Domino examinis tenetur. Si vero id tertius aliquis inveniet, is non poterit colligere vel auferre insalutato fundi possessore. Si tamen possessor fundi vel arboris cui insedit examen, post denuntiationem in mora sit, inventor autem interea id alveo incluserit, tunc licebit huic id capere. Qui autem id sibi haberi volet, is pretium æquum pro parte dimidia examinis, mellis & alveorum alteri pendere debebit, ita tamen ut penes eum qui alveum attulit optio sit, pretium accipiendi, vel examen ipsum retinendi. Si porrò examen in via ipsa (in einem gewandten weg) arbori insederit, tunc poterit qui insequitur illud colligere, nulla habita ratione possessoris fundi vel arboris.*

§. PAVONUM. 15.

Pavonum & Columbarum fera natura 34 est; *ratio*, quia feræ naturæ dicitur omne id, quod pastoribus custodiri nequit. *Schneid. hic. n. 6.* Non *obstat*, quòd evolare & revolare soleant; hoc autem proprium sit animalium cicuratorum, quia id non ex sua natura, sed per accidens ex diuturna consuetudine, & assuetudine,

tudine, & assuefactione fit. Hinc supra §. 14. diximus quædam animalia esse naturaliter fera; consuetud ne tamen cicurata, quem in censum pertinent *Pavones*, *Columbæ*, imo etiam subinde *Cervi*, quorum naturam feram esse, nemo negat, ire, & redire solent. *Manz. n.* 3. Circa ista animalia obtinet *regula*, ut, eousque nostra esse, intelligantur, donec animum revertendi habent. Unde, quamdiu hunc animum retinent, qui ex redeundi consuetudine judicatur, ab alio occupari non possunt, *text. hic.* Adeo, ut, si intercepta ab aliquo fuerint; aut saltem à revertendi consuetudine per inescationes, artes, & fraudes aversa fuerint, in eum actio furti competat, cum non res communes, sed res alienas, invito domino, contrectet. *Manz. n. 9. Harp. n. 9. hic.* Unde *Colliges* non licere alienas columbas sine furti crimine capere. *Schneid. n.* 3. *hic.* Cæterum vero, quando hæc animalia, consuetudinem redeundi abjecisse videantur, & censeri debeant, judicis arbitrio relinquendum; quia, quæ facti sunt, certo definiri non possunt. *Manz. n.* 4. Putant tamen aliqui, si duabus, vel tribus vicibus horis consuetis non revertantur, animum revertendi deposuisse, quia consuetudinem inducit binus, vel trinus actus. *Schneid. hic n.* 4. *Franz. p.* 2. §. 3. *h. t. n.* 17.

§. GALLINARUM. 16.

Hactenus de animalibus, prorsus feris, & naturaliter feris, consuetudine tamen cicuratis. Sequitur de *mansuetis*, qualia sunt *Gallinæ*, *Anseres*, *Oves*, *Porci*, *&c.* Circa hæc enunciat Imperatur: *si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati, turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint; quocunque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur.* Unde sequitur, si quis lucrandi animo anserem & gallinam detineat, quod furtum committat, *text. hic.* quia furtum etiam in minima re, & quantitate committitur, *c. ult. caus.* 14. *q. ult.* non enim id, quod furto ablatum est, sed mens furantis attenditur: sive non ex quantitate, sed affectu furandi delictum æstimatur; licet in puniendo quantitas consideretur. *Manz. n.* 10.

Dices: actio de dolo non datur ob rem minimam, *l.* 10. *&* 11. *ff. de dolo*; ergo neque actio furti dabitur pro gallina, utpote re minima: quia actio furti æque infamat, quam actio de dolo. ℞. *conc. antec. neg. conseq.* disparitas est, quod actio furti sit ordinaria; actio vero de dolo fit extraordinaria, prout DEO dante, *l.* 4. *tit.* 6. *Inst.* audiemus; facilius autem remedium ordinarium, quam extraordinarium datur, & actiones ordinariæ etiam dantur pro re minima. *Mynsf. Schneid. Manz. hic. Gail.* 2. *obs.* 102. *n.* 4. Sic ob rem minimam raptam datur actio vi bon. rapt. *prin. Inst. de vi. bon. rap.* ob cornua bovis condictio furtiva, *l.* 14. §. 2. *ff. de condict. furt. &c.* Interea Judex vehementer caveat, ne, si quis litiget de re minima, summum Jus transferat in summam injuriam.

In Archi-Ducatu inferioris Austriæ circa recensita animalia ita se habet, *die neue Satz und Ordnung, de Jurib. incorp.* §. 3. *&* 11. *Wann einer &c.* i. e. *Qui feram vel avem ab alio nutritam & revertendi consuetudine cicuratam interceperit & scienter detinuerit, is non modo ad eam restituendam compellendus erit, verum etiam, agente Domino animalis prehendendus, ac decernente judice puniendus erit. Cum ab aliquo columba, anseres, pavones, ejusque generis animalia aufugerunt, quanquam extra Domini conspectum pervenerint, nec facta sit ulla persecutio, tamen*

ea supervenienti Domino restituenda sunt; ac tenetur is ad quem effugerunt, eum quem novit dominum certiorem facere. Qui autem ex hisce unum alterumve non faciet, is a judice ad id compellendus erit, ac insuper ob injustam detentionem pœnas dabit.

§. ITEM EA. 17.

35 II. Modus acquirendi de Jure gentium, est *Occupatio* in *bello*; nam ea, quæ ex hoste capimus, jure gentium statim nostræ fiunt, *text. hic. & in l. 5. ff. h. t.* Ratio autem hujus non est illa, quod tales res nullius sint, quoniam hostes revera domini sunt; sed, quia pro derelictis habentur, res autem pro derelicto habitæ cedunt occupanti, *§. pen. h. t. Pomerck. Inst. hic.* vel ideo, ut homines scelerati, justo bello victi coerceantur, &, ut milites spe prædæ alacriores reddantur. *Harp. num.* 2. *Perez. Inst. hic.* Dicta *conclusio* in tantum ampliatur, ut etiam liberi homines in bello capti, in servitutem nostram deducantur; *ratio* est *eadem*, quæ *supra*. Quod si tamen taliter capti evaserint; sive vi, sive fallacia potestatem hostium, & ad suos reversi fuerint, postliminii jure libertatem pristinam recipiunt, *text. hic.*

Hodie inter Christianos, propter charitatem Christianam, &, quos magis fratres invicem, quam servos esse decet, jus captivitatis cessat; ac proinde, etiam justissimo bello capti, de consuetudine generali, capientium servi non fiunt; certam tamen pecuniam, lytri nomine (id est: *die Rantzion*), debent persolvere, & sic redimuntur. *Harp n.* 10. *hic. Manz. num.* 8. Si nempe capitulatio, vulgo *ein Cartel*, inter militantes erecta, & lytrum pro qualitate captivorum determinatum fuit; alias enim tantum permutatio personæ æqualis pro æquali locum habet. Ista autem *conclusio* limitatur, ut tantum de rebus mobilibus, non etiam immobilibus procedat; hæ enim publicantur, hoc est, illius efficiuntur, cujus auspiciis bellum geritur: tales autem res immobiles sunt v. g. *agri, fundi, prædia, arces, urbes, &c.* quibus etiam *tormenta*, cæterique apparatus bellici, *annona*, & *pecunia publica*, immediateque bellum gerenti propria annumerantur. *Manz. n.* 11. *Schneid. hic.*

Dubitatur, an *capta ab hostibus prioribus dominis veniant restituenda, si virtute bellica denuo hostibus auferantur?* R. Certam esse *sententiam*, *res* immobiles, hostibus devictis, receptas, in præda non esse; sed postliminio ad suos dominos reverti. Ita sancit aperte *text. in l.* 20. *§. ff. de captiv. & postlimin. reverf.* Cæteras vero res privatas, & mobiles in præda manere, verius est per *l.* 28. *ff. eod.* Ratio, quia per occupationem Jus quæsitum habent. *Harp. n.* 21. *Zoes. ff. de A. R. D. n.* 18. Hodie acquisitio rerum hostilium in bello videtur pendere ex liberalitate bellum gerentis; proinde tantum cedet privato, quantum princeps volet. *Franz. Inst. h. t. p.* 2. *§.* 3. *n.* 40. in castris tamen Cæsareis indifferenter res mobiles occupantis manent, & a pluribus simul acceptæ, (id est: *auf einer Parthey*), intra officiales, & gregarios a proportione ipsorum stipendiorum dividuntur; *ita tamen ut ductor partem præcipiat honorarii loco*; res autem mobiles ab inimicis sociis abreptæ & ab aliis recuperatæ ante 24. horas jure postliminii praxi bellica gaudent, iis elapsis, reoccupantis manent.

§. ITEM LAPILLI 18.

III. Modus acquirendi de Jure gentium est *Inventio*. Nam, si quis *lapillos*, *gemmas*, *margaritas*, *conchas*, vel alias res in mari, vel littore maris invenerit, & apprehenderit, is naturali ratione sta- 36

tim

statim dominus illarum efficitur; estque *ratio*, quia hujusmodi res sunt nullius, sive communes, ut ipsum littus, & ideo invenienti, sive occupanti cedunt. Dicit autem Imperator *in littore maris*, nam quæ in privatis locis, vel viis & itineribus publicis reperiuntur, inventoris non fiunt, sed pristini domini manent, & etiam per publicum præconium ei reddenda sunt; alioquin furtum committitur, *c. 6. caus.* 14. *q.* 5. Ratio, quia, quod tuum non est, scire debes, ad alium spectare, *l. fin. Cod. unde vi.* Dictum deinde, *invenerit & apprehenderit*: ratio, quia, ad acquirendum non sufficit hæc videre, & alio ostendere, sed necesse est apprehendere, & occupare: inventio enim non fit oculis, sed manu, non visione, sed apprehensione. *Perez. Inst. hic.*

37 Q. III. *Si duo simul in littore maris ambulent, & unus prius gemmam videat; alius vero prius apprehendat, cujus erit gemma?* Sunt, qui prius videnti consignent. *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp.20. th.2. lit. H. Schamb. hic.* Prior ita scribit: *fatendum est, aliam esse rationem animalium, quæ se ipsa movent, aliam rerum mobilium inanimatarum, supra terram apparentium; in quibus licet apprehensione opus sit, existimarerim tamen, quoniam istæ res de loco se movere non possunt, etiam aliquid aspectui tribuendum esse; veluti, si quis gemmam, primo a se visam, animo, eam apprehendendi demonstret alteri, dicens: se gemmam ibi invenire, potiorem se esse debere neque alterum prævertendo, dominium sibi vindicare posse.*

II. Ly *invenire* ex communi hominum acceptatione essentialiter apprehensionem non requirit, dum enim quis gemmam, ante se jacentem, videt, vere dicit, gemmam invenisse; ergo non requiritur apprehensio.

III. Dicitur in textu: *statim inventoris fiunt*, id est, etiam ante apprehensionem. IV. Potest alteri trahi fundus per solam visionem, *l.* 1, §. *pen. ff. de acq. vel amitt. poss.* ergo a fortiori etiam acquiri res, quæ ante adhuc nullius est.

His non obstantibus probabilior, & longe verior est *Sententia*, rem occupantis fieri. *Haunold. de J. & J. tit.* 5. *controv.* 1. *cap.* 1. *n.* 2. *Harp. Inst. hic. n.* 5. *Treutl. vol.* 2. *disp.* 20. *th.* 2. *lit. H. Manz. n.* 6. & *Schneid n.*4. Ratio I. quia occupatio, non visio est modus acquirendi, nullum enim textum ostendere possis, qui dicat, visionem esse modum acquirendi. Ratio II. desumitur ex particula *item*, quæ est repetitio præcedentium clausularum cum suis qualitatibus, atqui in *præced.* §§. dictum est, quod non sufficiat ad acquirendum rerum dominium *Visus*, sed *Occupatio* requiratur; idem ergo etiam de hoc modo inventionis dicendum erit. *Accedit*, quod verba cum effectu accipienda sint. *l.* 1. §. *hæc autem. ff. quod quisque juris &c.* Hinc fac! vigere statutum, ille, qui furem, vel latronem invenerit, habeat centum. Plane videnti solummodo isti centum non debentur; sed apprehendenti, & occupanti. *Schneid. loc. cit.* Ratio III. patet ex *l.* 3. §. 3. *ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi dicitur, quod solo animo non possimus acquirere possessionem; si non antecedat naturalis apprehensio. Huic *l.* 3. §. 3. adjungo *l.* 1. §. 1. *d. t.* ubi dicitur, quod margaritæ, in littore maris inventæ, ejus fiant, qui primus earum possessionem nactus est. Jam sic arguo: Res communes, in littore maris inventæ, ejus fiunt, qui possessionem earum prius nactus est, *d. l.* 1. §. 1. Sed possessio solo animo, sive sola visione non acquiritur *d. l.* 3. §. 3. ergo ejus non fiunt, qui tantummodo vidit, & non apprehendit. Ratio IV. quia talis

gemma nullius est, atqui circa res, quæ nullius sunt, tradita est *regula*, quod jure naturali primo o cupanti NB. (non dicitur *videnti*) cedant.

Ad I. *Dico*: rationem differentiæ, quam *Bachov.* inter res, quæ se movent, & quæ se movere non possunt, authoritate juris destitui; & contrarium involvi per particulam *item accedit*, quod etiam thesaurus sit res, quæ se movere non potest, & tamen thesaurus non cedit videnti, sed occupanti. Ad II. *dico*: ly *invenire* apprehensionem requirere, verba enim cum effectu accipienda sunt. Deinde inventio *definitur*, quod sit occupatio rerum inanimatarum, quæ nullius sunt, *Franz. Inst. h. t. p. 2. num.* 30. Non vero definitur, quod sit visio, adeoque signum est, quod apprehensio ad inventionem requiratur. Ad III. ℞. statim inventoris fiunt, atque res inventas apprehenderit. Ad IV. *conc. ant. neg. conseq.* Traditio enim ad suam formam non requirit de manu ad manum rei translationem; cum etiam per fictam manum res tradi possit. *Accedit*, quod, ad traditionem perficiendam plus non requiratur, quam, ut alter jus, quod habet in re, in me transferat, sic enim jam acquiro ei. dominium, quia omne jus, quod habuit, in me transtulit. Contra, ut rei communis, quæ nullius fuit, acquiram dominium, debet aliquid intercedere, quod dominium tribuat, ut res desinat esse communis: atqui nihil est, quod tribueret dominium, nisi occupatio.; ergo.

§. ITEM EA. 19.

IV. Modus acquirendi est *Fœtura*, *nativitas*, seu *procreatio animalium*. Quidquid enim ex animalibus, dominio nostro subjectis, nascitur, Jure naturali, seu gentium nobis acquiritur, *text. hic.* cujus hæc est *ratio*, quia fœtus, sive partus est veluti pars ventris. Non potest autem pars alio jure censeri, quam totum; ergo, cujus totum est, necesse est, & partem esse, quoniam pars toto continetur. *Harp. num. 2. hic.* Ratio alia, quia accessorium sequitur suum principale, & partus ventrem. *l. 7. Cod. de R. V.* cujus igitur est venter, ejus est & partus, *Manz. num.* 3. Unde sua sponte fluit, quod, si equam meam equus tuus prægnantem fecerit, non sit tuus, sed meus equulus, qui natus est. *Hertog. & fin. Inst. hic.*

§. PRÆTEREA. 20.

V. Modus acquirendi dominii est *Alluvio*. Nam si flumen per alluvionem agro tuo aliquid adjecerit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens, cum quid ita paulatim prædio nostro adjicitur motu fluminis, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur. *Ratio* hujus dominii acquirendi à variis varia redditur. I. est hæc, quam allegat, *Schneid. hic num.* 1. quia nullus hic versatur possessoris animus, nullum ejus factum, quo magis alieno fundo quidquam detrahatur, & suo adjiciatur, consequens est, ipsam naturam sua sponte per alluvionem id appropriare fundo, cui accedit, II. Ratio adornatur ab *Harp. hic.* quia accessorium sequitur suum principale, *l. 178. ff. de R. J.* & pars sequitur naturam totius, ita ut, cujus est totum, illius merito sit & pars, quæ toti accrescit. Æquitas vero hujus acquisitionis ex eo augetur, quod, quæ alluvione accrescunt, ita latenter, & obscure aliis locis detrahuntur, ut non intelligatur, quorum prius fuerint, & quibus sint detracta; proindeque, licet quis maxime vellet prioribus dominis illa restituere, non.

non tamen possit, cum, qui domini fuerint, ignoretur. III. Ratio assignatur a *Manz. hic. num.* 4. quia ista res, quam aqua vehit, censetur esse communis, ergo is fit dominus, cui adjicitur.

Sane fundus limitatus, puta, qui certis limitibus circumscriptus est, ac authoritate publica signatus, jure alluvionis non gaudet, *l. 16. ff. de A. R. D.* Ratio, quia dum fundus facto publico signatus est, satis declaravit res publica, quod Jus alluvionis sibi velit reservare. Fundus illimitatus vero, sive cujus limen est ipsum flumen, gaudet jure alluvionis, *text. hic.* & arg. *L. 16. ff. de A. R. D. Fritschius de Jure alluv. lib. 2. cap. 1. & lib. 1. cap. 2. num.* 7. Quemadmodum vero fundus limitatus jure alluvionis non gaudet; ita quoque loca sacra, religionis & sancta jus alluvionis non recipiunt, eo quod talia loca nullius esse dicantur, *l. in tantum. §. sacræ res. ff. de D. R.* quæ autem in nullius bonis sunt, non gaudent jure alluvionis. *Fritsch. loc. cit. num. 6. & l. 2. c. 1. num.* 3. Sed, *cujus erit Insula, nata inter agros limitatos, vel loca sacra?* Bartol. in eam condescendit opinionem, ut illorum insulam fieri existimet, qui post agros limitatos habent vicina prædia. *Contra* sentit *Fritsch. loc. cit. cap. 2. num.* 1. ubi vide.

§. Quod Si 21.

Dictum fuit supra, *si latenter accreverit?* hinc, si vis fluminis notabilem partem alterius agro adjiciat, ea adhuc prioris domini manet, ratio, quia pars, per fluminis impetum de tuo prædio detracta, quamvis ad alterius prædium delata sit, separata tamen manet, nec pars ejus esse intelligitur. Quare tu, utpote adhuc dominus, partem istam vindicare potes; dummodo caveas vicino de damno infecto, *l. 9. §. 2. ff. de damn. infect. Harp. hic.*

Plane si pars detracta diu adhæserit fundo vicini, arboresque, quas secum traxit, ibi radices egerint, tunc partim propter negligentiam non repetentis, partim propter alimenta fundi alentis, alterius agri domino acquiritur, *text. hic.* Quando autem arbores in fundo alterius radices egisse censeri debeant, judicio rusticorum standum est; *ratio*, quia cuique de his, quæ sunt artis suæ, vel professionis fides adhibetur, *l. 12. ff. de stat. homin. Manz. num.* 12. Non *Obstat* dictis *l. 5. §. 3. ff. de R. V.* ubi ita rescriptum est: *de arbore, quæ, in alienum agrum translata, coaluit, & radices immisit. Varrus, & Nerva utilem in rem actionem dabant*, ergo, si prior dominus utilem in rem actionem habet, utique dominium ejus non amisit; sed retinuit, etenim actio in rem nemini, præterquam domino, competit. Non (inquam) *textus* iste refragatur, ad cujus solutionem, licet varii varia excogitaverint, placet tamen ista, quam *Harp. n. 7. hic. Ludwel. Inst. eod. Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 5. q. 25. Manz. & Mynsing. hic.* in medium producunt, dicentes: arbores, sive impetu fluminis, sive facto hominis ablatas, si alieno in fundo radices egerint, a priori domino amitti, atque ei, cujus in fundo positæ sunt, acquiri in tantum, ut is utilem actionem, si forte alius istas occupaverit, habeat. Utilis autem actio ibi dicitur, non quæ directe opponitur; sed, quæ ad agendum utilis est, & efficax: cum enim fundi illius, in quo arbores sunt positæ, dominus plenum acquisierit dominium, necessario sequitur, ut ei non utilis, sed directa actio (quæ utilis vocatur, quod ad agendum efficax sit, nullaque exceptione removeri queat) accommodetur.

§. INSULA. 22.

39 VI. Modus acquirendi dominium est *Insula*, exinde sic dicta, quod in solo, sive mari sit; est autem nihil aliud, quam terra seu locus, undique aqua circumdatus. *Schneid. n. 2. hic.*

Insula alia est *naturalis*, quæ semper fuit, ut *Corsica, Creta &c.* Alia est *casualis* sive *accidentalis*, quæ in flumine sæpe & frequenter, in mari vero perraro nascitur; & de posteriori loquitur §. iste, sancitque, si in mari (quod tamen *raro* accidit) insula nascitur, occupanti cedat. *Ratio* est in *textu*, quia nullius esse creditur; quod autem nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur; *Ratio rationis*, quia unaquæque pars judicatur secundum suum totum, & quod juris est de toto quoad totum, idem est de parte quoad partem, *L. quæ de tota, ff. de R. V. atqui* insula censetur pars maris; ergo, sicut mare, & littora maris nullius sunt, ac proinde occupantis, ita quoque Insula, *Manz. n. 4.*

Dictum est: *raro accidere, ut in mari Insula nascatur.* Ratio, *quare* id raro contingat, est, quia altitudo, & profunditas maris ejusdemque fluxus, & refluxus nimis violentus, & magnæ undæ, atque procellæ vix patiuntur, terram coalescere, & in formam Insulæ exaggerari. Terræ motibus tamen quandoque id accidere, testatur *Plin. lib. 2. cap. 85. Manz.* & *Harp. n. 2.*

AD VERS INSULA.

40 Si Insula nascatur in *publico* (quod *frequenter* accidit) tunc, si mediam partem fluminis teneat, id est, in medio fluat, sit eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet *latitudinis*, id est *frontis seu longitudinis*, agri cujusque juxta ripam; hoc est, quantum unus quisque spatii, vel longitudinis habet juxta ripam, tantum quoque spatium habeat in ipsa Insula. *Ratio* hujus acquisitionis est, quia Insula illa videtur decerpta ex ripis, utrinque vicinis, & proinde ad agros proximos pertinet. *Harp. num. 5. & 6.*

AD VERS QUOD SI ALTERI.

Quid? *si Insula uni prædio sit proximior, & non in medio nascatur?* R. *Imperator*: Insulam eorum tantum esse, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. *Ratio*, quia ejus duntaxat fundi pars esse videtur, cui est proxima: & ab eo velut decerpta. *Perez. Inst. hic.*

Quod si vero flumen se dividat, & agrum alicujus cingat (quod *Hotomanus* circumluvionem vocat) Insula quidem fiet, manebit tamen ejus, cujus erat, *text. hic. & in l. 7. §. 4. ff. h. t.* Ratio, quia speciem agri non mutat, non enim fuit unquam facies soli mutata, & Insula non est recens nata, sed terra jam occupata, & ab alio possessa; cujus forma, facies & causa cum non mutetur, certe nec dominium mutari debet. *Manz. n. 28.*

Non obstat *l. pen. §. 1. & ult. ff. de A. D. R.* ubi Insula publica esse dicitur, R. enim, Insulam ibi publicam dici ratione usus, eamque non totam, sed quoad extremitatem, quæ extremitas sit loco & instar ripæ, & proinde usu publica, *Bachov. Inst. hic. & Ludwel. num. 9.* hic ait: Insulam inter duos agros limitatos natam fieri communem, atque ita occupantis. *L. 1. §. 6. ff. de fluminib. Fritsch. l. 2. de Jure alluv.*

§. QUOD SI NATURALI. 23.

Alveus est *locus* & *fossa*, per quam aqua fluit, alii *ventrem*, alii *lectum*, alii *cubile fluminis* appellant, estque Juris publici, 41

ei, quamdiu flumini servit, sicut ipsum flumen. *Schneid. num.* 1. Quod si flumen naturalem suum alveum (hoc est fossam illam per quam labitur) in universum dereliquerit, & ad partem fluere cœperit; (*Wann das Wasser einen andern Rinn-Fall genommen*) Tunc prior alveus eorum erit, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam sit. *text. hic. Manz. n.* 2. Novus autem alveus fit ejus juris, cujus juris est flumen: cum ergo flumen sit publicum, & alveus erit publicus, ratio, quia pars sequitur conditionem totius, alveus autem quamdiu subest flumini, ejus pars est, & idcirco ejusdem juris cum flumine. *Harp. n.* 4. Quod si vero novus alveus iterum mutetur, & ad priorem alveum revertatur flumen, rursus novus eorum fiet, qui proximos agros possident, non vero reddetur iis, quorum agros absumpserat, *text. hic.* Ratio est, quia mutata forma rei substantia interire dicitur, at horum agri veterem formam & speciem mutaverant, ideoque ad pristinos dominos non revertuntur. *Harp. n.* 5.

§. Alia Sane 24.

42 Si ager alicujus *inundetur*, id est aquis tegatur, tum possessio quidem interrumpitur, *l.* 3. §. 17. *ff. de acquir. poss.* dominium tamen non aufertur, *l.* 7. §. 6. *h. t.* nisi sit inundatio perpetua, vel talis, quæ speciem agri mutat. Non obstat *l. si ager* 23. *ff. quibus modis usus fructus amittatur*, ubi dicitur, inundatione amitti proprietatem, & usumfructum, ergo ipsum dominium. R. *Manz. hic. n.* 8. tamdiu etiam amitti dominium, quamdiu durat inundatio, puta, quoad effectum, seu (ut *Schamb. ait*) amittitur dominium amissione facti non ea, quæ jure fit; unde in *d. l.* 7. §. 6. dicitur, cum recesserit aqua, palam est, ejusdem esse, cujus & fuit. Aliter R. *Bachovius*; aitque, neque proprietatem, neque usumfructum proprie amitti, sed tantum improprie, & apparenter; alias non restitueretur utrumque recessu fluminis.

§. Cum Ex. 25.

VII. Modus acquirendi de Jure naturæ est *Specificatio*, sive (ut magis proprie loquar) *novæ speciei ex aliena materia conformatio*, & *effectio*, *Harp. n.* 1. *hic.* in *exemplo*, si quis alienis *uvis vinum*, *olivis oleum*, *spicis frumentum*; aut ex alieno *auro* vel *argento*, vel *ære vas* aliquod fecerit; vel denique ex alieno *melle*. & *vino mulsum* miscuerit. In his, & ejusmodi casibus. 43

Q. *quis novæ speciei dominus fiat*, *an is*, *qui fecit*; *an potius ille*, *qui materiæ Dominus fuit*? Circa hanc Q. vehementer altercabantur veteres *JConsulti*. I. S. C. Sabinianorum tenebat, eum esse dominum, cujus materia fuit, quia sine materia nulla species effici potest; ergo, qui materiæ Dominus fuit, idem ejus quoque, quod ex materia factum est, Dominus erit *l. adeo* 7. *ff. h. t.* II. Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non debet, *l.* 11. *ff. de R. J.* III. Quod ex re mea fit, meum est, *l.* 42. §. *denique ff. ad exhib.* IV. Quia nemo cum alterius jactura debet locupletari. *l.* 296. *ff. de R. J.*

Verum hæc *ultima ratio* parum ad rem facit: nam is, cui dominium adjudicabitur, alteri æstimationem materiæ, vel labori præstare, & resarcire tenetur, *l.* 43. §. 4. *ff. de R. V. Schamb. hic.* SC. Proculianorum e contrario putabat, eum esse dominum novæ speciei, qui speciem fecit. Movebantur I. quia, quod

quod factum est, antea nullius erat, *l.* 7. §. 5. *h. t.* ergo faciens censeri debet dominus. *Harp. num.* 2. II. Quia forma dat esse rei, ergo debet is esse dominus, qui rei esse dedit. *Schamb. hic.* III. Dignius trahit ad se minus dignum, *arg.* §. 34. *infra h. t.* dignior autem videtur esse forma, quæ dat esse rei, quam materia. *Manz. num.* 13.

Neutram *Sententiam* comprobavit *Justinianus*, verum *distinctionis* adminiculo discordiam *JConsultorum* sustulit, sicque sanciit: aut enim ea species ad priorem & rudem materiam potest reduci, aut non potest reduci? Si potest reduci quemadmodum poculum conflatum reduci potest ad rudem materiam argenti, vel auri, tunc is erit Dominus novæ speciei, qui materiæ Dominus fuit; *ratio*, quia species non videtur novam formam suscepisse, quæ tam facile resolvi potest in pristinam, & rudem materiam. *Schneid. num.* 4. Ratio alia, quia paria sunt, esse tale, & ad tale posse reduci, *Manz. num.* 15. ubi infert, quod si poculum feceris ex meo argento, poculum meum fiet.

Si nova species reduci non potest ad pristinam materiam, tunc nova species cedit specificanti, v. g. vinum, vel oleum ad uvas, vel olivas, non potest reduci, ergo vinum, & oleum illius sunt, qui illa expressit. Item cerevisia ad lupulum, & hordeum redire non potest, ergo is dominus videtur, qui cerevisiam coxit, & braxavit; *ratio*, quia, quando species ad rudem materiam non potest amplius reduci, materia habetur pro deperdita: materia autem deperdita & extincta, dominium quoque ejus sublatum censetur, *Manz. num.* 16.

Non *obstat regula*, quod ex meo fit, meum est, nam ad veritatem istius regulæ requiritur aliqua istarum conditionum, scilicet quod egomet faciam, aut alius meo nomine, vel mandato meo, vel sine mandato, me tamen ratificante, vel denique quod alius faciat mala fide. *Schneid. n.* 4. *hic.*

Porro, ut specificans fiat Dominus novæ speciei, plura adhuc concurrant, necesse est, I. ut bona fide novam speciem confecerit, nam sciens mala fide de aliena materia quid faciens, non fit ejus Dominus, & videtur operam suam Domino materiæ donare, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de R. J. Schneid. num.* 5. II. ut species ad antiquam rudem materiam reverti non possit. *text. hic.* III. ut faciens suo nomine id fecerit; si enim alterius nomine id fecerit, ejus efficitur, cujus nomine facta est species, *l. adeo* 7. §. 7. *ff. de A. R. D. Harp. num.* 10. & 11. *Schneid. hic.* VI. & *ultimo*, ut nova species constituatur, nam, veteri specie manente, & figura tantum externa mutata, res non fit specificantis; sed prioris domini manet, licet ad rudem materiam reduci non possit.

Unde *infero*, si quis lanam alienam purpura, aliove colore tingat, aut tingendam curet, quod nihil suum faciat, sed lana ejus maneat, cujus ante fuerat; quoniam novum duntaxat colorem, & non novam speciem huic lanæ inducit. *l.* 26. §. *ult. ff. de A. R. D.* pariter, si quis ex alienis spicis frumentum excutiat, frumentum non excutienti acquiritur, sed manet illius, cujus & spicæ fuerant: quoniam excutiens non nova grana fecit; sed ea, quæ cortice occultabantur, & perfecta jam erant, detexit. Ita aperte sancit *l.* 7. §. 7. *ff. eod. Harp. n.* 8. *hic.*

Objic. §. 25. *hic.* ubi dicitur, quod frumentum ad species reverti non possit, ergo frumentum, bona fide excussum, fit excutientis; sed hoc repugnat memoratæ *l.* 7. §. 7. ℞. tantam esse inter istos duos

duos *textus* discordiam, ut ea propter aliqui aut apertam antinomiam statuant; aut erroris arguant juris compilatores, acriterque in eos invehantur. Ego sic puto rem comparari posse, si dicatur §.25. *hic. ex d. l.* 7. §. 7. supplendum esse & in *d.* §. 25. tantum inadæquatè exemplum poni, non vero adæquatè, hoc est, ut frumentum fiat excutientis, sicut vinum expressum fiat exprimentis. Sensus ergò *textus* §.27. est talis, si nova species non potest ad rudem materiam reduci, sicuti frumentum ad spicas reduci non potest, & simul fiat nova species, tunc ea res fit specificantis; jam frumentum habet quidem istam qualitatem, ut ad rudem materiam reducibile non sit, alteram vero qualitatem non habet, ut excussum novam speciem constituat. *Schamb. Instit. hic Bachov. vol.* 2. *disp.* 20. *th.* 1. *lit. A.* & *B. Manz. n.* 20. *th.* 1. *lit. A.* & *B. Manz. n.* 24. *Harp. n.* 10.

AD VERS. QUOD SI PARTIM.

Hactenus vidimus, quid juris sit, si nova species fiat ex materia prorsus aliena. Nunc, *quis dominus novæ speciei fiat, si quis eam, partim ex aliena, partim ex sua confecerit*, v. g. *ex suo vino*, & *alieno mulso vinum.* ℟. *Imperator* dubitandum non esse, illum fieri dominum, qui fecit; *ratio*, cum non solùm operam suam, & formam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit: naturalis enim ratio eum præfert, qui plus ad efficientiam rei contulit, & duplex causa vini præponderat. *Manz. n.* 32. Quod tamen ita demum verum est, si nova illa species, ad priorem materiam atque causam reduci non potest, & si specificans in bona fide fuerit. *Manz. n.* 13. & *Harp. n.* 14.

§. SI TAMEN. 26.

VIII. Modus acquirendi dominium 45 est *Accessio*, cujus etiam species *Intextura*; nam, si quis purpuram alienam vestimento suo intexuerit, licèt pretiosior sit, tamen vestimento cedit, etenim de accessione hæc est regula juris: si res quædam sit confecta, ita, ut habeat propriam qualitatem & formam, tunc id quod ei tanquam pars accedit, toti cedit, sic v. g. si quis *statuæ brachium, scypho ansam, lecto fulcrum, domui cæmentum* adjecerit, id, quod additum est, toti cedit, *ratio*, quia accessorium sequitur naturam, & conditionem sui principalis. *Schneid. num.* 2. ubi tamen *Observa*: accessorium & principale non considerari ex valore, & pretio rei, sed magis ex distinctione & voluntate patris familias; si iste aliquid, rei perficiendæ, vel onerandæ gratiâ adhibuerit, illud dicatur accessorium. *Schamb. hic.* Unde fluit, quod si aurum margaritarum, aut gemmarum causâ, adhibitum est, ut isti lapides eò commodiùs geri possint, tunc aurum margaritis cedat. Si vero econtra margaritæ, & gemmæ adhibitæ sint, ut aurum ornarent, tunc isti lapides auro cedunt, *text. hic.*

Non *Obstat*, quod dignius trahat ad se minus dignum, alias prævalentiæ ratio habeatur. Ista enim regula fallit, si dignius & prævalens accessoriè concurrat, tunc enim non pretium, & prævalentia spectatur, sed id quod accidit per modum accessorii, hoc sive sit pretiosius, sive non, accedit toti, & principali, nihil enim vetat, plus esse in accessione, quam in principali, semper enim accessorium sequitur suum principale. *Manz. n.* 6.

Q. *Quæ sit differentia inter accessionem, & specificationem?* ℟ I. Quòd in specificatione non consideretur unum per

modum accessorii, & alterum per modum principalis. ℞. II. quòd in specificatione necessariò requiratur bona fides; in accessione non attendatur, an bona, an malâ fide res accesserit: cùm regula indistinctè habeat; accessorium sequitur suum principale: & quia res quæ accessit, pro extincta habetur, mirum non est, quod prior dominus dominium amittat, & rei vindicationem, quæ dominium ex parte agentis supponit, non habeat. *Manz. n.* 13.

Dices: ergò prior dominus dominio rei suæ sic defraudatur, ut nullam actionem habeat? ℞. tamen actionem habere; ubi tamen *Distinctio* adhibenda, *an bonâ, an malâ fide quis purpuram suo vestimento intexuerit*? Si bona fide, habebit prior dominus Conditionem sine causa. *Harp. hic. num.* 3. & *Manz. n.* 17. quæ non ad rem ipsam, sed ad pretium rei amissæ agit. Datur autem communiter istâ conditio sine causa tunc, quando quis dominium sine facto suo amisit, & res ab altero sine justa causa possideatur. *Manz. loc. cit.* Si verò mala fide, competit adversus ipsum actio furti ad pœnam, & conditio furtiva ad æstimationem. *Schamb. hic.*

Dices: intexens est factus Dominus; ergò non tenetur actione Fu ti. ℞. quòd furtum commisisse dicatur tunc, quam primum purpuram accepit, adeòque, & tunc actio furti nata est quæ semel nata, factô delinquentis extingui non potest: aliàs in ipsius voluntate, & potestate esset, utrùm obligatus esset, nec ne. *Manz. n.* 12.

Dices: si potest condictione furtivâ prior dominus agere, potest etiam rem vindicare. ℞. *neg. seq.* quia ad vindicationem requiritur, ut res adhuc existat, hic autem pro extincta habetur: unde, si prius ad exhibendum sit actum, & res exhibita fuerit, cum tūc dominium prius revivisçat, tunc quoque vindicatio revivisçit. *l.* 6. *ff. ad exhibi. Schamb. hic.*

§. Si duorum Materiæ. 27.

IX. Acquirendi dominium modus est *Confusio*, quando scilicet materiæ ejusdem, vel diversi generis voluntate duorum dominorum confunduntur, vel ex iis certa species facta est, nam tunc illud corpus, quod ex confusione fit, est utriusque commune, naturali ratione propter voluntatem scilicet & consensum dominorum; veluti *si qui vina sua confuderint*; *aut massas auri, vel argenti conflaverint*; secus, si interveniat voluntas unius tantùm: nam tunc species facta non fit communis; sed unius tantùm, qui eam fecit. *Ampliatur* hæc *Conclusio*, procedere etiam tunc, si casu fortuito, qui neutri imputari potest, materiæ confundantur, ut corpus inde factum fiat commune, ita, ut actio *communi dividundo* inter eos locum habeat. *hic.*

§. Quod si 28.

X. Modus acquirendi est *commixtio*, veluti, si frumentum Titii tuo mixtum fuerit; differunt autem *Commixtio* & *Confusio*. Confundi enim ea censentur, quæ confusa pariunt novam speciem, ut *Vinum* & *Mel* propriè confunduntur, & confusa generant aliam speciem, scilicet *Mulsum*. Item ex *Auro* & *Argento* fit *Electrum*. At commiscere dicimur, quando confundimus res, quæ non transeunt in aliam speciem, sed priorem retinent, & manent in eadem substantia. Mixtio tamen sæpè pro confusione ponitur, & econtra. *Schneid. n.* 3.

Dicta eatenus procedunt, si mixtio fiat voluntate dominorum; nam tunc pro indiviso res fiunt communes, ita ut contra

contra illum, qui corpus mixtum in solidum possidet, alteri pro sua parte actio *communi dividundo*. Quòd si non voluntate dominorum, sed casu frumentum, vel aliud mixtum fuerit, non fit commune, nec actio communi dividundo, sed rei vindicatio locum habet; præsertim quando diversæ speciei materiæ commixtæ sunt. Nam, si ferè similia commixta sint, & dubium sit, quantum, & quale ad quemlibet pertineat; tunc Judex ex officio suo illud æstimabit, *Schneid.* & *Manz. hic.*

§. Cum in suo solo. 29.

XI. Acquirendi dominium modus est *Ædificatio*, quæ vel fit ex materia aliena in suo solo; vel ex sua materia in alieno solo: de priori casu agitur hôc §. Si quis ex aliena materia in suo solo ædificat, v. g. *domum*, *horreum*, *molendinum*, &c. fit ædificii dominus, quia omne, quod solo inædificatur, solo cedit, *text. hic.* Ratio rationis, quia accessio cedit principali, minus minori, pars toti. *Harp. num.* 2. & hoc procedit in solo privato; qui enim solo in publico ædificat, ædificium fit ædificantis, & non cedit solo. *l. 6. ff. de D. R.*

Ad ℣. Nec tamen.

48 Q. *An ergò is, qui in suo solo ex aliena materia ædificat cùm dominus fiat ædificati, etiam dominus fiat materiæ?* Dixerisquòd *sic*, quia duo non possunt unius, ejusdemque rei in solidum esse domini, *l. 5. §. 15. ff. commodati.* cùm ergo is, qui ædificavit fiat dominus ædificati, dominus materiæ ejusdem dominus esse non potest. At, hôc non obstante, Imperator ℞. *contrarium*, quòd non desinat materiæ dominus esse; ratio, quia nemo invitus re suâ privandus est, *l. id quod nostrum ff. de R. J. Schamb. hic.* Ad rationem dubitandi, ℞. benè fieri posse, ut quis dominus sit totius, alter verò partium; aliud enim est ædificium, aliud materia. *Manz. n.* 12.

Ad ℣. Sed tantisper.

Q. *An ergo dominus materiæ possit eam ab ædificante vindicare?* Dixeris, quod *sic*, quia, ut rei vindicatio locum sortiatur, requiritur ex parte vindicantis dominium, & ex altera parte possessio; sed sic se habet, ergò. Hôc tamen non obstante, ℞. licèt ratio, in contrarium allata, regulariter vera sit; hic tamen casus exceptus est, propter *L. 12. Tabb.* quæ expressè prohibet, ne quis tignum alienum, ædibus suis junctum, eximere cogatur, *text. hic.* & *l. in rem. 23. §. 6. ff. de R. V.* Ratio est in *textu*, ne ædificia rescindi necesse sit, præsertim in civitate, ubi publicè interest, ne aspectus urbis deformetur, licèt proinde, inspectô rigore Juris, tignum (sub nomine tigni venit omnis materia ex qua ædificia fiunt, v. g. *lapides*, *trabes*, *calx*, *tegulæ*) alienis ædibus junctum, vindicari possit, tamen *l. 12. Tabb.* propter utilitatem publicam id solvi prohibuit, adeòque rei vindicationem differri voluit. Quod adeo verum est, ut ne quidem adversus malæ fidei possessorem qui scivit materiam alienam esse, rei vindicatio institui possit, *l. 1. ff. de tigno juncto*, quia ratio utilitatis publicæ generalis est, ergò & prohibita.

Objic. *l. in rem. 23. §. tignum 6. ff. de R. V.* ubi expressè dicitur, adversus malæ fidei possessorem, id est: eum, qui sciens tignum alienum ædibus suis junxit, ad exhibendum agi posse, ergo falsum est, quod *textus* hic asserit, nimirum ad exhibendum agi non posse ℞. ex *l. 1. §. ult. ff. de tigno juncto.* Ubi dicitur, contra malæ fidei possessorem ad

exhibendum dari actionem, non quasi possideat; sed quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat, dum tignum alienum ædibus junxit; paria autem sunt dolo possidere, & dolo desiisse possidere. *l.* 150. *ff. de R. J.* Ex quo proinde infero, hanc actionem ad exhibendum concedi, non ad tignum, sive rem ipsam; sed ad æstimationem tigni ablati recipiendam: ratio, quia is, qui convenitur eo nomine, quod dolo desierit possidere, non ad rem ipsam exhibendam vel restituendam, sed ad pretium, & æstimationem rei condemnatur. *Manz. n.* 20.

Porrò, & alio remedio domino materiæ, sive tigni adversus jungentem consultum est, nimirum ex eadem *l.* 22. *Tabb.* actio ei data est de tigno juncto in duplum: ut si tignum, sive materia valeat 10., jungens condemnetur in 100. *text. hic.* & *l.* 7. §. 10. *ff. de A. R. D.* hujusque ratio est, ut domino compensetur id, quod interest ipsius, quod tigno, & materiâ suâ sine facto suo carere debeat; siquidem & aliàs id, quod interest, duplo taxari solet, *l.* 43. & 44. *ff. de act. empti. l.* 25. *Cod. de evict. Harp. n.* 11.

Dices: si contra malæ fidei possessorem actio in duplum datur, frustra actio ad exhibendum, & rei vindicatio contra ipsum conceduntur; nullus enim ita hebes erit, ut simplum persequatur, si duplum habeat persequendi potestatem. R. si quis non pœnam, sed rei æstimationem velit consequi, hactenus poterit ad exhibendum, & rei vindicatione agere; nemo enim prohibendus est, temperantius agere. *Manz. num.* 29.

49 Q. IX. *An actione dupli, etiam bona fide jungens alienum tignum; vel tantum mala fide jungens teneatur?* Circa intricatam, ob diversos Juris *textus*, hanc *quæstionem* solent DD. figurare casus. I. est, si quis furatus sit, vel sciens tignum alienum esse, illud ædibus suis junxerit. II. si quis tignum furtivum ignorans furtivum, & alienum esse, bonâ fide junxerit. III. si quis alienum, non furtivum bonâ fide junxerit. Quòd in I. & II. casu adversus jungentem actio in duplum competat, omnes admittunt.

Difficultatis cardo in III. duntaxat casu totatur, in quo actionem solummodò in simplum, non vero duplum dari existimant. Ita quoque sentit *Zoës. ff. h. t. num.* 49. *Moventur. I.* Juri non convenit, ut is, qui delicto caret, puniatur; sed bona fide jungens delicto caret; ergò puniri non debet. *Moventur] II.* absurdum est, bonæ fidei ædificatorem non esse melioris conditionis, quam malæ fidei ædificatorem: sed in nostra sententia bonæ fidei possessor, sive ædificator non esset melioris conditionis, quam malæ fidei talis, quia hic, & alter dupli actione impeteretur, ergò: *Moventur III.* per *l. qui res*, 98. §. *fin. ff. de solut.* ubi in hæc rescribitur: *denique Lex. XII. Tabularum, tignum, ædibus junctam, vindicari posse, scit; sed interim id solvi, id est, destrui prohibuit, pretiumque ejus dari voluit*, sed pretium simplex, & non duplum rei æstimationem significat. *Moventur IV.* per *l.* 63. *ff. de donat. vir. & uxorem*, ex cujus fine colligi posse videtur, neminem hac actione in duplum teneri, excepto fure; nam JCtus in *d. l.* 63. ex eo, quod tignum non fuerit furtivum, intulit, actionem in duplum locum non habere; adeòque ex isto textu evinci posse videtur, *actionem de tigno juncto* in duplum tantummodo dari adversus furem. Verba *textus* hæc sunt: *sed in hoc solum agi potest, ut vindicatio, soluta re, competat mulieri non in duplum, neque enim furtivum est, quod sciente domino,*

mino, *inclusum est. Moventur V. ex l. 1. ff. de tigno juncto.* ubi dicitur ex *Lege XII. Tabul.* constitutum esse, ut de tigno furtivo actio dupli in furem accommodetur; ergo si tignum non est furtivum, illa actio dupli accommodari non debet. Hoc argumentum a contrario sensu est desumptum, quod in Jure nostro frequentissimum, & fortissimum est, *l. 1. ff. de pact. dotal.*

Quamvis hæc *Argumenta* speciosa esse videantur, suaque non destituta sint mole, verior tamen, Jurique conformior est *Sententia*, quæ docet, actionem dupli adversus quemque possessorem, sive bonâ sive malâ fide tignum alienum jungentem, dari. Ita docent *Harp. n. 13. Hunn. ad Treult. vol. 2. disp. 18. th. 16. q. 35. & ibi Bachov. Schamb. hic. Ludvvell. n. 2. hic.* vide etiam *Glettl. Jurisprud. terrib. tom. 1. p. 2. c. 2. §. 1.*

Pro hac *Sententia* facit I. quod noster §. 29. generaliter, & indistincte sanciat, tignum durante ædificio *Leg. XII. Tabul.* vindicari non posse, sed dari contra jungentem actionem in duplum; ergò cum noster §. 29. non distinguat inter bonæ & malæ fidei ædificatorem, nos etiam distinguere non oportet. Facit II. idem §. 29. *sub finem.* his verbis: *quod si ædificium dirutum sit, poterit materiæ dominus si nondum fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, ad exhibendum agere*; ergo à contrario, si duplum sit consecutus, actio cessat, quia tunc damnum datur, si duplum non est consecutus. Planè, ista verba de mala fide jungente intelligi non possunt, quia licet dominus ab eo duplum acceperit, post dirutum tamen ædificium adhuc habet rei vindicationem, & ad exhibendum actionem, *L. 1. & 2. ff. de tign. juncto. Ludw. d. loc. & Harp. num. 16.* Facit III. *l. in rem 23. §. 6. ff. de R. V.* ubi dicitur, *Tignum alienum, ædibus junctum nec vindicari, nec eo nomine ad exhibendum agi posse* NB. *Nisi adversus eum, qui, sciens alienum junxit, sed datur actio de tigno juncto in duplum.* Iste *textus* valde robustus est; sic enim eundem explico: prima verba textus extra omne dubium sunt referenda ad bonæ fidei possessorem, quia alias exceptio, *nisi adversus eum, &c.* otiosa esset, si mala fide jungens in prioribus verbis includeretur. Ultima vero verba iterum ad bona fide jungentem spectant, quia particula *sed* est adversativa; ergo debet ad illa verba referri, quibus adversatur, & opponitur: atqui adversatur, & opponitur primis verbis, quæ bona fide jungentem involvunt, ita, ut sensus sit, tignum alienum, ædibus junctum, nec vindicari, nec eo nomine ad exhibendum adversus bona fide jungentem agi potest; sed datur actio de tigno juncto in duplum. Aliter explicat *Harp. numero 14.* & ait, quod sit iste sensus legis: licet adversus malæ fidei possessorem tantum, non autem adversus bonæ fidei possessorem rei vindicationem & ad exhibendum actionem intentare valeamus; dupli tamen actione contra hunc nos experiri posse.

Facit IV. *l. gemma 6. ff. de exhib.* In qua habetur, quod de tigno juncto ad exhibendum agi non possit, sed detur actio in duplum. En rebellis! & inclina pertinax caput. Iste textus de mala fide jungentes nequaquam potest intelligi; sed debet intelligi de bona fide jungente, quia adversus eum, qui sciens, id est malâ fide junxit, ad exhibendum agi potest. *d. l. 23. §. 6. Schamb. loc. cit.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur, ad I. enim ℞. *neg. suppos.* quod puniatur; mitius enim tractatur, quam summo Juri convenit. Si enim rigor

 juris

juris in hoc casu observaretur, ad restituendum tignum conveniri posset, licèt cum gravissimo, & fere intolerabili damno id faceret, cum scilicet domum rescindere, ac resolvere deberet, quando ergo, exsolvendo duplum hoc damnum evitat, non tam mulctatur, quam beneficio afficitur. Aliter ℞. *Schamb*..& ait, quod alterum simplum non addatur per modum pœnæ, sed compensationis, à lege introductæ, eo quod alter dominus cogatur invitus re suâ carere. *Accedit*, quod licèt quis bonâ fide jungat alienum tignum, nòn tamen videatur omni culpa vacare, cùm quemlibet optimum decat diligenter in rei conditionem inquirere. *Harp. n.* 22.

Ad II. ℞. malâ fide jungentem non esse ejusdem conditionis, sed deterioris; quia malâ fide jungens, præter actionem hanc in duplum, tene ur etiam actione ad exhibendum, *d.l.*23. §. 6. Non quidem ut tignum exhibeatur, cùm id Lex XII. *Tabul* inhibeat; sed, ut æstimatio præstetur, & sic tenetur in triplum: quæ solutio confirmatur per *l.* 1. §. *fin.* & *l.* 2. *ff. de tign. junct. Schamb. loc. cit.*

Ad III. & fortissimum ℞. I. quòd aliqui istam *l.* 98. §. *fin.* intelligant de eo casu, quo quis tignum alienum, non furtivum, ædibus junxit, adeòque actionem in duplum non dari tunc, si quis bona fide tignum alienum non tamen furtivum, ædibus junxit, sed actionem duntaxat simpli locum habere. Quòd si verò quis bonâ fide tignum furtivum ædibus junxerit, locum habere nostram sententiam, & per consequens actionem in duplum, & de isto casu nostra fundamenta facere. *Brunnem. in l.* 1. & 2. *ff. de tign. junct.* Verùm suprà jam me expedivi, ac ostendi, *textus* generaliter & indistinctè loqui, nec fieri differentiam, aut distinctionem in illa lege inter bonâ fide jungentem tignum furtivum, & tignum alienum non furtivum; proinde, rejecta hac responsione, utpote divinatoria, & juris authoritate penitus destituta, de alia prospiciendum est. Quare ℞. II. *d. l.* 98 § *fin ff. de solut.* in qua adversarii Achillem ponunt, loqui de malâ fide non autem bonâ fide jungente. Patet hoc exinde, quòd ibi dicatur ex *Leg. XII. Tabul* vindicari posse. Jam verò *Lege XII. Tab.* tignum à bona fide jungente non vindicatur, sed solùm à mala fide jungente. *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *ff. de tign. junct.* Itaque sensus legis est, præter actionem dupli mala fide jungens rei vindicatione impeti potest, non quidem de solvendo tigno, sed de præst.nda æstimatione; & hoc indicant illa verba: *pretiumque ejus dari voluit*; ut ostendatur, præter actionem dupli, quæ ex aliis legibus conceditur, dari actionem in simplum, ut sic triplum eveniat. *Hun. ad Treutl. loc. cit.* ✠. *ad* I. ℞. *III.* Pretium ibi non simplum, sed duplam æstimationem designare, reperimus enim in jure nostro pretium, licèt duplatum sit, adhuc pretium dici *l.* 50. *ff. de furt. Schamb. loc. cit.*

Ad IV. ℞. *l.* 63. Non obstare, quia maritus ex voluntate uxoris tignum suis ædibus junxit; cum verò, qui voluntate domini, tignum jungit, in duplum conveniri non posse, nos ipsi fatemur, quia, qui scit, & consentit, non videtur fraudari. Deinde lex potiùs nostram *Sententiam* confirmat, quàm infirmat, nam in illa lege ille duntaxat à dupli præstatione liberatur, qui, sciente, & patiente dominò ædificavit; ergò à contrario, qui non sciente dominò tignum junxit, in duplum tenetur. *Schamb. loc. cit. in fin.*

Ad V. *dico*: argumentum à contrario locum non habere, si sit contra expressos Juris

Juris textus, *Harp. n.* 19. Aliter obtinet de Jure austriaco: *Neue Satz und Ordnung de Jurib. incorp. tit.* 19 §. 3. his verbis: *Wann. einer.* &c. i. e. *Si quis in proprio solo ex aliena materia ædificaverit, sive id deliberato scienterque factum fuerit, sive non, is non tenetur ædificium diruere, quo materia à vero domino vindicari queat; verum, bonæ fidei ædificator materiæ æstimationem præstabit, ac reti nebit dominium ædificii. Sed contra eum qui sciens alienam materiam solo suo inædificaverit, poterit materiæ dominus agere ad præstationem æstimationis & ejus quod interest ob violatum dominium, sed &, cum materia furto aut vi erit ablata, dabitur condictio furtiva, nec non actio vi bonorum raptorum aut furti actio.*

§. Ex Diverso.

Hactenus de eo casu, quo quis in solo proprio ex aliena materia ædificavit. Nunc verò de eo casu, quo quis ex sua materia in alieno solo ædificavit: & iste casus quoad ædificium convenit cum priori; ædificium enim cedit tamquam accessorium loci domino: *ratio* est eadem, quia quidquid solo inædificatur, solo cedit. Hoc adeò verum est, ut ædificium solo cedat licèt quis suprà parietem alterius ædificaverit. *l. si suprà* 28. *ff. de A. R. D. Manz. num.* 3.

50 Q. *An in hoc casu, quo quis ex sua materia in alieno solo ædificat, materiæ dominus dominium, & proprietatem materiæ amittat.* Dixeris, quod *non*, quia in casu, quo quis in suo ex aliena materia ædificat, dominus materiæ ejus dominium, & proprietatem non amittit, nullâ factâ distinctione, vel differentiâ inter scienter & ignoranter ædificantem; ergò idem in nostro casu statuendum. R. tamen, hòc non obstante, cum *distinctione*, an bonâ, an malâ fide in alieno solo quis ædificaverit. Si bonâ, nesciens solum esse alienum, ædificet, tunc habet exceptionem doli mali adversùs dominum, petentem ædificium, si materiæ æstimationem, & impensas factas solvere recuset. *Schneid. n.* 8. *Schamb. hic.* concordat *Const. Aust. loc. cit.* §. 2. *Wann. aber einer* &c. i. e. *Ubi autem aliquis errore ædificavit in solo quod nesciebat esse alienum, aut quod bona fide possidebat: tunc quidem ædificii dominium competit domino soli, ædificanti tamen expensæ æstimatioque materiæ pro vacua possessione facienda præstandæ sunt.*

Si malâ fide in alieno fundo quis ædificaverit, amittit dominium, & proprietatem materiæ suæ: *ratio*, quia voluntate ejus materia intelligitur alienata, & domino soli donata. *arg. l.* 2. *Cod. de. R. V.* cujus enim per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati, donatio est, *l.* 53. *ff. de R. J.* præsumptio autem donationis in eo fundatur, quia dominus materiæ scire debuisset, quod materia aliena, solo imposita, solo cedat; cùm ergò materia nihilominus alieno fundo conjungat, utique, donandi animo id facere judicatur. *Manz. num* 7.

Hæc adeo vera sunt, ut malâ fide in alieno solo ædificans, neque dirutô, & collapsô ædificiô, materiam vindicare possit, §. 30. *Inst. hic.* Non *Obstat. l.* 2. *Cod. de R. V.* ubi dicitur: *Cùm quid in alieno ædificatum est, si fuerit dissolutum, materiam ad pristinum dominum reverti sive bonâ fide, sive malâ fide ædificaverit.* Ecce! hæc lex è diametro adversatur nostro §, in quo *deciditur*, malâ fide ædificantem, nec dissolutô ædificiô materiam vindicare posse. Varii variè istos *duos Textus* conciliant. *Harp. n.* 4. *hic.* sic scribit, quòd *d. l.* 2. loquatur de eo casu, quo quis ex aliena materia in alieno fundo ædificarit, ut tunc, solutô ædificiô, materia

materia ad pristinum dominum revertatur. *Textus* enim ait, quòd tunc materia *ad pristinum dominum redeat, si non donandi animò, ædificia alieno solo imposita sint.* Jam vero in casu, quo quis ex alieno fundo ædificat, animò donandi ædificium solo alieno non imponitur; quia ædificans non potest præsumi animò donandi materiam alterius fundo imposuisse, cùm alienam materiam alteri donare non possit. II. Reconciliatio est, quod *l. 2.* loquatur de eo casu, si quis, ex propria materia in alieno fundo ædificans, per testes probare possit, se, non animò donandi, fecisse, ut, hac probatione posita, dominium materiæ non amittat. *Fach. l. 1. cap.* 55. ubi plures resolutiones adducit. *Manz. n.* 1. III. Reconciliatio est, quod noster §. sit intelligendus de rigore Juris *d. l. 2.* vero de æquitate; ut proinde, inspectâ æquitate, malâ fide ædificans in fundo alieno, post dissolutum ædificium, materiam suam vindicare possit. *Schamb. V. R. 3. Manz. num.* 12. Ratio, ne petitor ex aliena materia lucrum faciat.

Porrò, cùm frequenter contingat, in rem alienam *Impensas* fieri, & earum deducendarum ergò lites suboriri, ideò de impensis aliquid inferendum. *Impensæ* au-
51 tem aliæ sunt *necessariæ*, aliæ *utiles*, aliæ *voluptariæ*. Necessariæ sunt, quibus omissis, res vel periisset, vel deterior facta fuisset, v. g. si quis ruinosas ædes *refecerit*, *fulciverit*, *&c.*

Utiles, quæ factæ rem meliorem faciunt, omissæ autem rem deteriorem non fecissent, v. g. Vineta facere, Prædia ultra id, quod necesse fuit, stercorare, Lapicidinas fodere.

Voluptariæ, quæ nullam habent Viridaria, Aquæ salientes, Picturæ, necessitatem impendendi, & factæ rem ornant, fructum non augent, v. g. Incrustationes, &c. sequitur

Assertio I. Impensas necessarias tam 52 bonæ, quàm malæ fidei possessor servat, & deducit, donec impensarum nomine satisfiat. *Ratio* I. quia habet exceptionem doli, cùm ei dolus objici non possit, qui rem, alias perituram, servavit. Secundò, nemo debet petere alterius jactura locupletari. *Zoës. ff. h. t. n.* 53.

Obj. I. *l.* 1. *Cod. de Infant. expos.* ubi dicitur, quòd fur, qui partum furtò sustulit, aluit, & educavit, sumptus alimentorum, quos esse necessarios ad vitam sustentandam, constat, recuperare à vindicante partum non possit; ergò saltem fur, & prædo necessarias impensas non deducit. R. quod ideò fur in isto casu impensas necessarias non deducat, quia singulari ejus odiò ita constitutum est, cùm hominem furatus sit, quod furtum deterius est aliis furtis; ergo non eodem Jure gaudet, quo alii malæ fidei possessores. Ita *Harp.* §. 30. *t. n.*

Obj. II. *l.* 27 *si olivam* 25. *ff. ad l. Aquil.* ubi dicitur, quod quis impensas ad colligendas olivas vel segetes malâ fide fecerit, nullamque repetitionem habeat, quia Juris interpretatione, animò donandi fecisse, præsumitur. R. quòd illæ impensæ in ipsum furtum sint factæ, ideòque restitui non debeant, quia iniquum videtur, aliquem in delinquendo sumptibus alienis juvari. II. Tunc demum impensas necessarias à malæ fidei possessore repeti posse, quando rem, in quam impendit, possidet; qui enim non possidet, donasse censetur. Ita *Harp. h. t. n.* 25. rationem differentiæ assignat, *Zoës. loc. cit. n.* 55. quia is, qui rem alienam possidet, non præsumitur, animò donandi impensas necessarias fecisse; secus is, qui non possidet.

Obj. III. Qui malâ fide in alieno fundo ædificat, non habet repetitionem materiæ, quia animo donandi fecisse intelligitur.

gitur, & scire debuisset, quod alterius solo affigitur, ejusdem domino cedere; ergo etiam, qui in rem alienam impensas facit, non habet repetitionem, quia animo donandi fecisse intelligitur, & scire debuisset, quod accessorium cedat principali. R. *Conc. antec. neg. conseq.* & *paritat.* disparitas est, quod ædificans mala fide in alieno solo ideo materiam non repetat, quia nulla necessitate, & nullo jure cogente materiam alieno solo imposuit. Qui vero ruinosas ædes fulcit, reficit, ac reparat, is aliqua motus necessitate est, rei scilicet alterius tuendæ, adeoque cessat præsumptio, animo donandi impensas fecisse, cum nullus in necessitate liberalis existat. *Harp. n.29. hic.* & hæc *de Impensis necessariis.*

Circa *Impensas utiles* separandus est bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore. Possessor bonæ fidei impensas utiles in tribus duntaxat casibus deducit. I. Si dominus dives sit, nec propter impensas, ab illo factas, cogatur ædificium, solvendarum expensarum causa, vendere. Nam si rei dominus pauper sit, nec habeat, unde impensas solvat, tunc bonæ fidei possessor impensas utiles tollit, si separationem sine rei detrimento patiantur; non vero deducit.

II. Si res venalis prostet, sive dominus illam venditurus est, omnes impensas utiles bonæ fidei possessor deducit.

III Si dominus eas impensas ipse facturus fuisset, vel ejus voluntate factæ sint. Ita *Zoes. ff. h. t. num.* 57. *Harp. n.* 30.§ *hic. Glettle select. quæst. p* 2. *q.* 18. *n.* 5. Extra istos casus utiles impensas non deducit; tollere tamen potest, si sine læsione id fieri possit. Si dominus rei paratus sit impensas utiles solvere æstimationem tenetur recipere, ne malitiis ho-
52 minum indulgeatur. *Zoes. loc. cit. n* 57.

Q. *An malæ fidei possessor Impensas utiles ad bystituta.* *les etiam deducat?* *Observa*; *deducere* impensas esse potestatem rem tum diu retinendi, donec impensarum nomine satisfiat. *Tollere* esse potestatem retinendi, & amovendi, si modo sine rei, cui accesserunt, dispendio, atque læsione tolli queant, *Harp. n.* 42. Jam R. malæ fidei possessorem impensas utiles deducere non posse. Ità *Harp. n.* 31. *Glettle loc.cit.* Prob. *per apert. text. l.* 5. *Cod. de R. V.* ubi dicitur: *Cum malæ fidei possessor ejus, quod in rem alienam impendit, nullam habeat repetitionem; nisi necessarios sumptus fecerit, si utiles fecerit; sine læsione rei status auferre potest.*

Confirm. deducere est potestas rem tam diu retinendi, donec impensæ offerantur; sed hanc potestatem malæ fidei possessor non habet; ergo non deducit utiles impensas. *Min. prob.* si rem retinere posset, deberet rem vindicanti posse exceptionem opponere; sed hanc non potest opponere, quia a vindicante replicatione repelli potest, quod temere, ac perperam in alieno fundo ædificaverit, cum scire debuisset, solo affixum solo cedere. *Harp. num.* 31.

Obj. *l.* 38. *ff. de hæred. petit.* ubi dicitur: *Bonæ fidei possessor necessarias, & utiles impensas deducit, non etiam malæ fidei possessor, sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum, non enim debet petitor ex alieno damno lucrum facere.* R. Quod ista *L.* loquatur in judicio universali, ubi tota hæreditas petitur; nos autem agimus in judicio particulari. Aliter R. *Harp n.* 38. §. 30 *h. t.*

Malæ fidei possessor, licet impensas utiles non deducat, eas tamen tollere potest, dummodo id sine læsione rei facere possit, lucrumque inde sentiat, nec dominus æstimationem lucri offerat. *Harp. h. t. n.* 4. *Glettle loc. cit. n.* 7.

Porro, circa impensas voluptuarias iterum sejungendus est possessor bonæ fidei a malæ fidei possessore. Bonæ fidei possessor impensas voluptuarias deducit, si res venalis prostet, aut ipse dominus eas fecisset. Extra istos casus tollit, si separationem patiatur. *Glettle d. loc. Zoës. n. 60.* Malæ fidei possessor impensas voluptuarias numquam deducit; si tamen abradi, ac tolli possunt absque rei læsione, atque detrimento, eas ex æquitate tollit, præsertim, si conjectura quædam animum donandi reddat.

§. SI TITIUS 32.

53 XII. Dominii acquirendi modus est *Implantatio.* Nam, si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit jure soli; & ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit. Quod est verum, si planta radices ibi egerit; antequam enim radices ibi egerit, manet illius, cujus fuit. *text. hic. Schneid. numer.* 1. Unde versus antiqui:

> *Quidquid plantatur, seritur vel inædificatur;*
> *Omne solo cedit, radices si tamen egit.*

Ratio autem, quare planta solo cedat, est hæc: quia, si ædificia solo cedunt ex eo, quod ab eo, tanquam suo subjecto, sustineantur; multo magis plantæ cedere debent solo, quæ non tantum a terra sustinentur, sed ex ea alimenta quoque accipiunt, & quasi vitam hauriunt, ut crescant. *Manz. n. 4. Ratio* deinde, cur radices debuerit egisse? est ista, quia antequam radices egit, nondum pars soli facta est, cum quo nedum cohæsit, & coaluit. *Harp. n. 3. concordat N. Oe. neue Satz- und Ordnung de Jurib. incorp. tit. 13. §. 6. & 7.*

Dicta procedunt, sive quis bona, sive mala fide plantaverit in alieno solo, naturale enim est, ut accessorium sequatur suum principale. *Manz. n. 8.*

Dices: Iniquum est aliquem cum alterius jactura locupletari, præsertim malæ fidei possessorem, cum nemo ex sua improbitate lucrum sperare debeat; ergo debet domino plantæ concedi aliquod remedium, quæ suæ indemnitati possit consulere, R. omnino ipsi concedi remedium, vel enim planta radices egit, vel non? si non, domino plantæ datur rei vindicatio, qua plantam repetit. *l. 5. §. 3. ff. de R. V.* Si radices egit, & coaluit, tunc habet actionem in factum, ut æstimationem, aut interesse consequatur. *Harp. & Manz. hic.*

Q. *Si arbor, seu planta, radicibus semel actis, rursus eruatur, poteritne prior dominus eam vindicare?* R quod non; *ratio*, quia per alimenta alia aliam quasi vitam accepisse, videtur, *l. 26. §. 2. ff. h. t.* Non refragatur §. *cum in suo. 29. h. t.* & *l. 7. §. 10. ff. eod.* ubi materia sive tignum alienum, ex quo in solo alterius domus ædificata fuit, licet interim durante ædificio vindicari non possit, eo tamen diruto, ad priorem dominum materia redit, ut is, eam vindicare possit. Item habetur in l. 23 §. *Item quæcunque. ff. de R. V.* ubi accessio, a re principali separata, ad priorem dominum revertitur. Non (inquam) adversatur; etenim accessio e materia, alieno ædificio juncta, licet diu cohæreat; a potiori tamen parte taliter trahitur, ut tamen eadem semper maneat, nec penitus extinguatur, quæ causa est, ut post separationem ad priorem dominum redeat. Arbor autem vel planta, quæ alieno solo coaluit, non ea esse creditur, quæ prius erat; sed alia, & quidem propter alimenta, ex alieno solo attracta *Harp. hic. num. 9. & 10. Manz. num. 9. & 10.*

AD

AD VERS ADEO AUTEM.

54 Ex hoc ṽ. colliges, quod si arbor, in meo solo posita, ita premat terram Titii, id est, ita adhæreat, immissis radicibus, ut non aliunde alatur, nec alibi consistere videatur, tunc arbor ratione radicum, ex quibus vivit, Titii efficitur. *Schneid. num.* 3. Ratio est in *Textu*, quia ratio non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit.

Non premit *l.* 6. §. 2. *ff. arbor. furtim cæsarum*, ubi habetur, arborem ejus esse, in cujus fundo origo nata est, & non ejus, in cujus fundum radices propagatæ sunt. Etenim *Textus* loquitur de eo casu, quo arbor, in fundo vicini posita, ita omnes radices in meum fundum egit, ut non aliunde ali, nec alibi consistere videatur.

Quod si vero tantum aliquot radices in fundum meum porrigat, nihil Juris mihi acquiritur; sed ejus manet, in cujus fundo origo ejus nata est, *d. l.* 6. §. 2. *Ludw. Inst. hic. num.* 6.

Quod si denique arbor quædam in confinio duorum fundorum posita sit, & in utrumque fundum æqualiter radices agat, tunc communis fit, ita, ut fructus dividi debeant, *text. hic. Manz. n.* 27.

§. QUA RATIONE. 32.

55 XIII. Dominii acquirendi modus est *Satio*. Unde, si agrum alienum meo semine conseverim, ejus est seges, cujus est ipsum solum, quia sata cedunt solo; sicut ædificium, & planta, juxta priori §. allegatos versus: *quidquid plantatur &c. & Schnei l. hic.*

AD VERS. CÆTERUM.

Sed, numquid iniquitatem sapit, ut, si mittam colonum meum ad excolendum, & conserendum agrum meum; ipse autem per errorem alienum colat & conserat, mei seminis & culturæ jacturam facere, ipsum autem cum meo damno locupletari?

Ad hoc R. *Imperator*, sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo, in possessione constituto, dominus soli petat ædificium, eumque migrare jubeat, defendi potest per exceptionem doli mali. Ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit, aut plantam, vel arborem plantavit: laboris, & seminis sui, vel etiam arboris æstimationem. *Manz. num. 6. N. Oe. Satz-und Ordnung. loc. cit.* §. 8.

§. LITTERÆ 33.

XIV. Modus acquirendi est *Scriptura*, sicut enim inædificata, implantata, & sata solo; ita & litteræ chartæ membranis cedunt. Hinc si scripsero in charta tua, hæc scriptura tua est; potero tamen te petentem, priusquam mihi de scriptura satisfacias, per exceptionem doli mali repellere, utique si bona fide scripsero: si vero mala, de rigore juris non; de æquitate tamen hac exceptione gaudeo. *Schamb.* Ne scilicet alter cum mea jactura locupletetur. 56

Observa autem! communiter D. D. velle, hujus §. decisionem per consuetudinem mutatam esse, secundum quam scriptura ordinarie multo pretiosior est charta; ut hodie potius dicendum sit, chartam scripturæ, quam e contra scripturam chartæ cedere, quod vel maxime procedet, si opus aliquod egregium scriptum, aut etiam litteris æneis expressum sit. *Harp. num. 6. Schamb. hic.*

§. SI QUIS. 34.

57 XV. Acquirendi modus dominii est *Pictura*. Ubi Q. *num pictura tabulæ: an è contra tabula picturæ cedere debeat?*

Diversæ olim erant *Sententiæ*, alii enim picturam tabulæ *l.* 23. §. 3. *ff. de R.V.* alii è contra tabulam picturæ cedere, dicebant *l.* 9. §. 2. *ff. h.t. Justinianus* constituit, ut tabula picturæ cedat; non tamen simpliciter, sed considerato cujusque valore, quod patet ex verbis: *ridiculum enim esset, picturam Apellis, vel Parthasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere*; quod etiam in contrario casu ridiculum esset.

Dices: Cur non idem statuit *Justinianus* in scriptura; sed absolute dixit litteras cedere chartæ? R. Disparitatem hanc esse, quia litteræ tantum sunt accessiones operis, non ipsum opus, neque formam chartæ mutant; Pictura vero non est simplex tabulæ accessio, sed singulare aliquod opus, ut non amplius tabula, sed pictura, sive imago sit; ergo merito subjectum formæ cedet. Verum, cum etiam pro dominio tabulæ suæ stent rationes, ideo & pictori, & tabulæ domino vindicatio ad petendum imaginem competit; cum hoc tamen discrimine, quod pictori directa: tabulæ vero domino non nisi utilis competat.

Quisquis ergo actor fuerit, is alteri, quoad æstimationem, seu picturæ, seu tabulæ tenetur. *l.* 9. §. *litteræ* 1. *ff. h. t.* Quod si imago ista possideatur a tertio concurrente, utroque & vindicante, pictor tabulæ domino præferendus esse videtur. Si tabulæ furto ablatæ sint, palam est, utrique dari actionem furti, utpote quæ datur ei, cujus interest rem per furtum subtractam non esse, §. 13. *Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. Schamb. & Manz. hic.*

Obstat *l.* 23. §. 3. *ff. de R. V.* ubi aperte scribitur, quod pictura indistincte cedat tabulæ. Sed, licet aliqui hic vehementer ingenia sua torqueant, R. tamen procedere *Textum*, si tabula sit pretiosior. *Franz. Inst. h. t. num.* 116.

§. SI QUIS A NON DOMINO 35.

XVI. Dominii acquirendi modus est *Perceptio fructuum ex re aliena, quam bona fide possidemus.* Quæ ipsa res ut luculentior reddatur familiare hoc exemplum esto: Ego bona fide fundum emi, vel ex donatione, aut alia qualibet justa causa, vel titulo accepi ab aliquo, quem credebam dominum esse, qui tamen non fuit, Jam 58

Q. *An ego istius fundi fuerim factus dominus?* Certum est, quod non: licet enim venditio, & donatio sint tituli habiles ad transferendum dominium, tamen, quia nemo plus Juris in alium transferre potest, quam ipse habeat, *l.* 54. *ff de R. J.* & quod quis non habet, alteri dare non potest, *l* 120. *ff. eod.* ideo, cum venditor ille, vel donator dominium non habuerit; neque in me transferre potuit. Jam ulterius

Q. *An verus dominus superveniens eum fundum vindicare possit?* R. posse, dummodo veniat ante completam usucapionem *Ratio* non est alia, quam, quia dominium retinuit. *Manz. num.* 2. & 3. His præmissis in ordine ad nostrum §.

Q. *Si ex isto fundo fructus percepissem, utrum etiam verus dominus ad fructus possit agere, & ego illos tenear restituere?* R. *Imperator*, quod non, additque istam rationem, quia naturali ratione placuit fructus, quos bonæ fidei possessor percepit, ejus esse pro cultura, & cura. Deinde, bona fides tantum tribuit, quantum veritas, *l.* 136. *ff. de R. J.* Hinc & illud commune: *beati possidentes, quoniam*

niam fructum eorum. Manz. num. 7. hic.

Verum, cum *Decisio*, circa fructus quam Imperator ponit in hoc §. plurimas adhuc distinctiones, & limitationes recipiat, & materia in se sit vehementer utilis, & quotidiana, ideo exactiori calamo illam discussisse, non abs re fore constitui. Itaque

Fructus non a *Frumine*, quæ est eminentior gutturis pars, seu gulæ, qua vescimur, & qua in alvum alimonia fertur, sed a *ferendo* dicti. *Lagunez tractat. de fruct. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 4. denotant omnem utilitatem, emolumentum, & obventionem quæ vel ex re, vel occasione rei recipitur. *l.* 29. *ff. de petit. hæredit. l.* 62. *ff. de R. V. Clariss D Franz. Inst. h.t. p.* 2. §. 15 *num.* 85. Sunt autem

59 *Fructus* alii *civiles*; alii *naturales*. Civiles sunt, qui ex corpore *physice* non proveniunt; sed occasione corporis, mediante nova obligatione, percipiuntur. Huc revoco *usuras, mercedes, pensiones, reditus annuos, vecturas, &c.* Hi iterum sunt vel *spontanei*, vel *adscititii*. Spontaneos apello, quos res suapte indole producit, v. g. *pensio annua pro usu ædium, equi, navis &c.* Domus enim suapte indole est apta ad habitandum, equus ad equitandum, navis ad vehendum, adeoque pensio, quæ solvitur pro usu ædium, navis, equi &c. dicitur fructus spontaneus ipsius rei. Adscititios nuncupo, quos res suapte indole non affert, sed ex speciali hominis industria, & provisione percipiuntur, v. g. *usuræ*, item *lucra* omnia, quæ ex *negotiatione* aliqua, v. g. *vini, frumenti, olei, &c.* percipiuntur. Pecunia siquidem per se est sterilis plane, ac infœcunda, adeoque lucrum non parit; nisi ut subsit industriæ humanæ, qua mediante, emolumentum, aliquod producit. Vinum quoque, frumentum, & oleum ex sua natura lucrum non afferunt, nisi accedente humana industria, per quam, veluti instrumentum, assumuntur ad parandum aliquod lucrum, *Glettle select. quæst. p.* 2. *q* 9. *n.* 2. Fructus naturales sunt vel *naturales in specie*; vel *industriales*. Naturales in specie dicuntur, qui absque notabili cura, & cultura hominis producuntur, sive, qui percipiuntur beneficio naturæ, opera humana vel omnino nihil, vel certe parum conferente. In hanc classem spectant *poma, pyra, nuces, cerasa, fœnum, &c.*

Industriales sunt, qui non sua sponte proveniunt; sed in quibus cura, & notabili hominis industria opus est, v. g. *frumentum, vinum, oleum, legumina, &c.* quia hæc omnia non nascuntur, nisi debita cultura adhibeatur, ita, ut plus quasi videatur operari *Industria*, quam *Natura*. Ex istis fructibus iterum alii sunt *pendentes*, alii *percepti*, alii *percipiendi*. Fructus pendentes sunt, qui quidem jam nati sunt, sed a corpore non separati. Percepti sunt, qui a corpore, unde, provenerant jam separati sunt, v. g. si *segetes abscissæ, si lac expressum, si fœnum desectum, si uvæ ademptæ*, licet *non expressæ, l.* 13. *ff. quib. mod. usufr. amitt. l.* 48. *ff. de A. R. D. l.* 25. §. 1. *ff de usur. & fruct* Percipiendi sunt, quos possessor potuisset percipere, dolo tamen, vel culpa non percepit, & hi non numquam fictione juris pro perceptis habentur. *Harp. num.* 28.

Percepti rursus *dividuntur* in *extantes* & *consumptos*. Extantes sunt, qui adhuc in bonis possessoris conservantur, v. g. qui in *horreis*, vel *cellariis* custodiuntur. Consumpti sunt, qui apud illum, qui eos percipit, non amplius extant, *l.* 22. *de R. V. & l.* 40. *ff. de A. R. D.*

Cæterum possessor alius est bonæ, alius malæ fidei. *Possessor bonæ fidei* ille dicitur, qui rem ab eo, quem dominum esse,

esse, vel saltem rei alienandæ potestatem habere credidit, legitime & sine dolo est consecutus, *l.* 109. *ff. de V. S.* Dico autem: *vel saltem rei alienandæ potestatem habere credidit*, siquidem non is solum bona fide possidet, qui se a domino rem consecutum, existimat: sed & qui ab eo rem accepit, quem novit, dominum non esse; existimat tamen, alienandi Jus habere, v. g. ab eo, quem *Tutorem* esse, credidit. *Malæ fidei possessor* ille dicitur, qui rem non esse ejus, a quo accepit, scivit, vel qui læsam rei alienæ, aut injustæ possessionis conscientiam habet. In dubio autem quis bona fide possidere præsumitur, *cap.*47. *de R. J. in* 6. quilibet enim præsumitur bonus, donec probetur malus. *His prælibatis*, tandem sequitur

Assertio II. Fructus civiles adscititios possessor tam malæ, quam bonæ fidei irrevocabiliter suos facit *Glettle Vir consummatæ eruditionis select. quæst. q.* 2. *q.* 19. *n.* 9. ubi multos Theologos pro hac sententia allegat. Ratio sola, sed solida est, quod fructus adscititii sint emolumentum, non rei alienæ, sed industriæ propriæ, sicuti ergo fructus sequuntur rem, ex qua proveniunt, & ejus fiunt, qui est dominus rei; ita fructus civiles adscititii sequuntur industriam, ex qua proveniunt, & fiunt ejus, qui author industriæ. Unde sua sponte fluit, si cum pecunia deposita, vel per furtum surrepta negotiatus sim, & lucrum tulerim, id ad me haud aliter pertinere, quam imaginem, quam alieno penicillo pinxi; ita tamen, ut ego teneam domino pecuniæ, vel penicilli ad interesse, si quod ostendere possit.

Non *Obstat*, quod nemo debeat ex re aliena ditescere, aut delicto proprio sentire commodum; nam mem nisse oportet, quod pecunia deposita, vel surrepta non concurrat ad lucrum proxime, & formaliter, sed remote tantum, & materialiter: proxime enim lucrum provenit ex industria mea, a qua res aliena assumitur per modum nudi instrumenti. Hinc non directe, & proxime ex delicto proprio reporto commodum; sed indirecte tantum & remote; proxime enim ex negotiatione lucrum percipio, quæ de se est honesta, licet præsupponat actum inhonestum. Itaque *dubitandum* non est, coquam, quæ nuper, acceptis pecuniis culinariis, ex olla fortunæ scyphum argenteum extrahit, scyphi dominam evasisse.

Assertio II. Malæ fidei possessor ex reliquis fructibus quibuscumque nullos suos facit sive extent, sive consumpti sint; sed tenetur in utroque foro omnes una cum re restituere. Ita docent *Glettle loc. cit. n.* 24. *Manz. hic. num.* 44. *Schneid. num.* 8. *Harp. n.* 93. *Zoes. ff. de A. R. D. n.* 76. *Franz. Inst. h. t. p.* 2. §. 1 5. *n.* 63.

Prob. ex *l.* 22. *Cod. de R. V. certum est, malæ fidei possessorem solere omnes fructus cum ipsa re præstare*, nemo enim debet ex delicto suo reportare lucrum. Imo & fructus percipiendos malæ fidei possessor tenetur restituere. *l.* 5. *Cod. de R. V.* sibi enim imputare debet, quod rei alienæ se immiscens, eam ex fide non gesserit *Glettle n.* 27. *Manz. num.*46. *Brunnem. in d. l.* 5. *Schamb. Inst. h. t. in fine.*

Assertio III. Bonæ fidei possessor omnes indistincte fructus suos facit, naturales, industriales, & civiles quoscunque. Ita re ipsa docent *Glettle loc. cit. num.* 11. *Franz. p.* 2. *Inst. h. t. Fach. l.* 1. *cap.* 57. *Harp. hic. num.* 35. *Schamb. hic. Vinn. Inst. hic.* & *select. quæst. lib.* 1. *q.* 25.

Et quidem de industrialibus nullus est, qui ambigat, *text. hic.* his verbis: *naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cura, & cultura. Zoes. ff. de*

A

A. R. D. n. 63. *Schamb. hic.* De civilibus etiam non est, cur dubites, satis enim suffragatur *text. l.* 34. *ff. de usur.* & fructus civiles vel maxime sapiunt naturam industrialium. *Schneid. hic. n.* 5. Sed

60 Q. X. *An bonæ fidei possessor etiam naturales fructus suos faciat?* Videtur *negative decidendum l.* per §. 35. *hic.* ubi dicitur, quod bona fide possessor fructus suos faciat propter curam, & culturam; ergo naturales non acquirit, cum nulla cultura indigeant.

II. Per *text. validiss. l. fructus* 45. *ff. de usur.* Ubi disserte rescribitur, quod bonæ fidei possessor fructus naturales suos non faciat.

III. Per *l.* 48. §. 5. *ff. de A. R. D.* ubi is, qui ancillam bona fide possidet, partum usucapere debet; sed partus est fructus naturalis, ergo bonæ fidei possessor fructus naturales non facit suos; alias usucapione non esset opus.

Verum *affirmativa* magis arridet, eique applaudunt, præter alios plurimos, supra ad *Asser. III.* recensiti non infimæ notæ AA.

Prob. I. Ratione, quia bona fides tantum tribuit, quantum veritas, *l.* 136. *ff. de R. J.* sed verus dominus fructus naturales facit suos; ergo etiam bonæ fidei possessor.

Prob. II. Per *dissert. text. bonæ fidei.* 48. *ff. de A.R.D.* ubi dicitur: *Bonæ fidei emptor non dubie, percipiendos fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos qui diligentia & opera ejus provenerunt; sed omnes, quia, quod fructus attinet loco domini pene est.* Sane quid illustrius isto textu afferri possit, non video: dicit enim, quod bonæ fidei possessor non industriales duntaxat fructus suos faciat, sed *omnes*: quæ particula *sed* est oppositiva; atqui fructibus industrialibus, non alii opponuntur, quam naturales ergo.

Prob. III. Ex *l. in pecudum* 28. *ff. de usur. In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac, & pilus, & lana; itaque agni, & hædi, & vituli statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris, & fructuarii*, sed isti fructus sunt naturales; ergo.

Argumenta contraria facili labore diluuntur.

Ad I. R. quod cura, & cultura non sit adæquata ratio, cur bonæ fidei possessor fructus suos faciat, sed bona fides, subnixa justo titulo: alias etiam malæ fidei possessor fructus indistincte suos faceret.

Ad II. In quo Achillem ponunt, R. est in promptu; in illo enim *textu* bonæ fidei possessor comparatur uxori non adæquate, sed tantum inadæquate, ut sensus sit: sicuti uxor in re donata fructus naturales absolute suos non facit; ita bonæ fidei possessor fructus non facit suos irrevocabiliter, quia videlicet extantes tenetur restituere; nisi eos triennio præscripserit, uti Paulo post *Assert. IV.* dicemus. Ita *Schamb. hic.* Aliter R. *Glettle*, & *Clariss. D. Franz. loc. cit.*

Ad III. Negatur *Suppositum*, quod partus dicatur in fructu esse; §. 37. *Inst. h. t.*

Assertio IV. possessor bonæ fidei fructus, ex re aliena perceptos, non facit suos irrevocabiliter, sed tenetur extantes, sive naturales illi sint, sive industriales, domino, rem suam evincenti, restituere; nisi eos triennio præscripserit. *Glettle loc. cit. n.* 15. *Vinn. lib.* I. *select. quæst. cap.* 26. *Manz. num.* 25. *hic. Schamb. Inst. h. t. Harp. num.* 53.

Prob. Solidissime (ut multos alios textus sileam) ex *l.* 22. *Cod. de R. J.* his verbis: *Certum est, malæ fidei possessores solere omnes fructus cum ipsa re præstare; bonæ fidei vero extantes, post autem litis contestationem universos.* *Ratio præterea* est,

est; quia cessante causa cessat effectus; atqui causa, quod bonæ fidei possessor fructus suos faciat, est bona fides, ergo.

Non *Obstat*, quod conjux donatarius fructus industriales irrevocabiliter suos faciat, *l.* 45. *ff. de usur.* ergo etiam bonæ fidei possessor. R. enim *neg. conseq.* Ratio *Differentiæ* est, quod in priori casu adsit voluntas domini scilicet conjugis alterius, qui donavit. Et, tametsi ex ista ratione videatur concludendum, quod conjux donatarius etiam fructus naturales suos faciat, contra *d. l.* 45. Id tamen falsum est, quia ideo conjux donatarius fructus naturales non facit suos ex re donata; quoniam donatio, ex qua una pars fit locupletior & altera pauperior, inter conjuges prohibita est, *tot. tit. ff. de donat inter vir.* & *uxor.* atqui ex perceptione fructuum industrialium, pars, cui donata est, non fit locupletior, ita, ut altera pars fiat pauperior; ergo non mirum, quod conjux donatarius fructus industriales suos faciat, naturales non etiam, *Clariss. D. D. Franz. loc. cit. num.* 97. Illud *notandum*, quod bonæ fidei possessor impensas, & labores, in fructus industriales factos, deducat; *ratio*, quia fructus non sunt, nisi impensis deductis, *§.* 3. *Inst. de Societ. l.* 7. *ff. solut. matr. Schamb. hic. Manz. num.* 29.

Dices: Si bonæ fidei possessor fructus extantes tenetur restituere quomodo ergo verificatur, quod fructus suos faciat? R. Quod fructus suos facere, hunc effectum ponat, quod bonæ fidei possessor Jus iis utendi fruendi habet, & consumptos non teneatur restituere, prout statim asseremus; si vero suos non faceret, eos teneretur restituere, vel saltem eorum æstimationem, item præscribere non posset. *Cblingensperg q.* 64. *obj.* 2. *Inst. h. t.* plures *objectiones* circa hanc *Assert.* IV. refutat *Glettle* & *Clariss. D. Franz. loc. cit.*

Assert. V. Possessor bonæ fidei fructus ante litis contestationem consumptos, irrevocabiliter suos facit. Ita *communiter D. D. Prob. I.* ex *§.* 35. *hic.* his verbis: *& ideo, si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest*, II. Per *l.* 4. *§.* 2. *ff. finium regund.* ubi aperte sancitur, quod bonæ fidei possessor fructus lucretur, si eos consumpserit. III. Per *l.* 4. *§.* 19. *ff. de usucap.* ubi fructus usucaptos, & consumptos comparari videas; ergo cum usucapio fructus consumptos faciat irrevocabiliter bonæ fidei possessoris, idem operabitur consumptio, & quoad hanc *Decisionem*, aut nullus, aut pauci erunt, qui *dissentiant*; sed

Q. XI. *An bonæ fidei possessor fructus consumptos suos faciat, quatenus est factus locupletior?* Vide *Glettle, loc. cit. num.* 17. *Fach. l.* 1. *cap.* 40. *Harp. num.* 66. *Vinn. loc. cit. Zoes. ff. de A. R. D. num.* 73. *Schamb. n.* 243. *h. t.* Mihi interea sufficit. *d. l.* 4. *§.* 2. *ff. fin. regund.* ubi dicitur, bonæ fidei possessorem lucrari fructus consumptos; atqui implicat, quod aliquis possit lucrum capere, nisi fiat locupletior; ergo.

Assertio VI. Fructus, post litis contestationem perceptos, vel consumptos tenetur non tantum possessor malæ fidei, sed etiam bonæ fidei domino, rem suam evincenti, restituere. *Vinn. Inst. hic. Franz. Inst. h. t. p.* 2. *n.* 100. *Manz. n.* 23.

Prob. I. per d. l. 22. *Cod. de R. V* ubi perspicue dicitur etiam a possessore bonæ fidei post litem contestatam fructus universos esse restituendos. II. Ex *l.* 25. *§.* 7. *ff. de hæred. petit.* ubi *Ulpianus* ait, post litis contestationem possessores omnes incipere esse malæ fidei; sed malæ fidei possessor tenetur fructus universos restituere, nisi sint civiles ascititii; ergo.

Assertio VII. & *ultima*, Fructus, necdum

dum percepti, sed pendentes adhùc, Domino, à quocunque possessore rem suam evincenti, sunt restituendi. *Manz. num.* 15. *Schneid. num.* 5. *Mynsing. num.* 8. *hic.* Ratio, quia pars sequitur suum totum, atqui fructus pendentes sunt pars fundi, *l.* 44 *ff. de R. V.* ergò sequuntur fundum.

§. Is Vero. 36.

In *præcedenti* §. vidimus, quòd bonæ fidei possessor, qui videlicet rem alienam ex bona fide possedit, existimans, illam suam esse, fructus perceptos suos faciat, idque Jure quasi dominii & soli. Nunc
62 Q. *Utrum non etiam aliquando is qui sciens rebus alienis utitur*, (v. g. Usufructuarius) *suos faciat*? & R. omninò nulla facta *Differentia* inter fructus naturales, industriales, & civiles; quidquid enim in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ad usufructuarium pertinet, *l.* 9. *ff. de usufr.* cum hac tamen *Differentia* inter bonæ fidei possessorem, & usufructuarium, quòd bonæ fidei possessori fructus cedant, quomodocunque, & per quemcunque à solo separati fuerint; fructuario autem non nisi ipsemet, vel alius ejus nomine illos à fundo separarit, aut decerpserit, *text. hic.* & *in l. si ejus* 78. *ff. de R. V.*

Ad Vers. Eadem.

63 Quæ *dicta* sunt de *Fructuario* eadem ferè de *Colono* quoque dicuntur: quemadmodum enim fructuarius omnes fructus tam naturales, quàm industriales suos fecerit, non tantum consumptos, sed etiam extantes; ita quoque colonus, qui *hortum*, *vineam*, vel *agrum* conduxit, non tantum fructus industriales, sed naturales lucratur, nulla facta differentia inter consumptos, & extantes. In eo tamen differt colonus, quòd jus omne ad fructus etiam pendentes ad hæredem transmittat; fructuarius non etiam: *ratio*, quia *Locatio* & *conductio* est contractus; atqui contractus censentur ita initi, ut etiam includantur hæredes, *l.* 13 *Cod. de Contrah. & committ. stip.* usufructus verò non est contractus, sed jus personale, quod cum persona expirat. Unde

Inferes, si colonus, vel inquilinus prædium, vel ædes usque ad quinquennium conduxerit & ante quinquennium lapsum decesserit, hæredem usque ad complementum quinquennii fructus omnes percipere, jureque coloni gaudere, *Manz. n.* 13. *Schamb. hic.*

§. In Pecudum 37.

Quandoquidem ususfructus non in ædibus, & fundis duntaxat constituatur, sed & in jumentis, & pecoribus, ideò, si pecora in usumfructum deducantur,

Q. *Quænam dicantur esse in pecudum fructu*? R. *Imperator*, *non tantum lac*, *pilum*, & *lanam*, sed etiam *fœtum* in fructu esse. Itaque, *si agni*, *hædi*, *vituli*, *equuli* & *suculi* nascantur, statim naturali ratione ad bonæ fidei possessorem, & fructuarium spectant: *ratio*, quia nomine fructuum omne id continetur, quod ita nascitur, ut renascatur. *Partus* verò *ancillæ* in fructu non est; absurdum enim videbatur hominè in fructu esse, *text. hic.*

§. Sed Si Gregis. 38.

Officium usufructuarii est, ut rem, cujus usumfructum habet, benè colat eaque, tamquam bonus paterfamilias, utatur; unde, si ususfructus universitatis alicujus sive corporis concessus sit, tunc numerus in usumfructum datus, restitui debet, *l.* 69. *ff. de usufr.* v.g. habeo usum fructum gregis, in quo sunt centum oves, quibusdam ex illis mortuis, vel senio, aut aliò corporis vitio inutili- 64

inutilibus factis alias ex natis restituere debeo. *d. l. 69.* Modo tamen aliquæ ex iis natæ fuerint: alioquin enim nullas substituere teneor, sicut nec quidquam, si res singulæ in usum fructum datæ sint. *l. 70. §. 3. de usufr.* rationem *Disparitatis* inter casum hunc, & casum priorem dat *Manz. hic.* quia, si grex per modum universitatis in usumfructum datus sit, pereuntibus aliquibus, substantia adhuc semper durat. Substantia enim est grex & corpus ipsum, admittens augmentum, & decrementum, unde suppleri & conservari potest; si verò singularem usumfructum habeam, mortua una ove tota substantia perit, quæ amplius suppleri nequit. *Schamb. hic.*

§. THESAURUS. 39.

65 XVII. Dominii acquirendi modus est *Inventio & occupatio thesauri.* Thesaurus autem est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria non extat, adeoque est depositio cujusdam rei mobilis, quæ jam dominium non habet; sic enim fit ejus, qui invenit, quia non est alterius, *l. numquam 31. §. ff. h. t.* quasi JCtus diceret, quod nullius in bonis est, id naturali ratione occupanti conceditur. *Scneid. Inst. hic.*

Dixi: *cujus memoria non extat.* Unde, si ex adjecta Syngrapha appareat de deponente, illi, si vivit, vel ejus hæredi reddendus est. *Zoes. ff. h. t. n. 22.*

Item, si quis metus, vel custodiæ causa condiderit aliquid sub terra, v. g. tempore belli pecunias suas condiderit, & sepelierit, ut eas à rapacibus militum manibus conservaret, thesaurus non fit occupantis, *l. 15. ff. ad exhib.* quia dominus non ignoratur, ut cesset ratio occupationis. *Manz. num. 4. hic.* Denique, si quis vendat domum, & emptor reperiat pecuniam in muro, quam ipse venditor, aut ejus parentes ibi recondiderunt, & per oblivionem fortè non reperierunt, non pertinet ea pecunia ad emptorem, sed venditori restituenda est, *l. 65. ff. de R. V.* Ratio, quia dominus non ignoratur. *Manz. num. 6.* & *Schneid. num. 4.* ubi notatu dignum casum refert, ex quo apparet; thesaurum non esse, si per oblivionem res ablata non fuerit.

Ex dictis patet, inventionem thesauri esse modum acquirendi dominium. Sed

Q. *An thesaurus inventus indistinctè fiat inventoris?* ℟. quòd *non*, res enim *Distinctionis* ope dirimenda venit hoc modo: vel reperitur thesaurus in *fundo proprio*, vel *alieno*? si reperiatur in fundo proprio, tunc vel *mediis licitis*, vel illicitis; si prius, inventori cedit, quia thesaurus videtur esse pars loci, adeoque loci domino cedit. *Harp. num. 5.* si posterius, fisco vindicatur. *l. un. Cod. de thesaur.* Ratio, quia nemo ex suo delicto præmium reportare debet: *Manz. n. 14.* concordat *Neue N. Oe Satz und Ordnung. de Jur. incorporal. §. 1. Es ist einem jeden* &c. i. e. *Licet unicuique in proprio fundo thesaurum investigare, vel aliud quid fodere absque tamen artibus magicis: quod autem erit inventum, id suum solus ipse faciet.* 66

Si in alieno fundo reperiatur thesaurus, tunc vel *fortuito*, vel *data opera*? si fortuito, ex dimidia parte loci domino, & ex dimidia inventori cedit. Et quidem loci dominio, ratione dominii, quod habet in rem; Inventori vero Jure inventionis, *text. hic.* & *in l. un. Cod. de thesaur. Schneid num. 8.* & *Manz. num. 34.* Si data opera, tunc vel *licita*, vel *illicita*? si data opera licita, thesaurus totus domino cedit loci, quia nemini licet in alterius fundo scrutari. *d. l. un.*

Aliter *de Jure Austriæ Inferioris* obtinet *loc. cit. §. 2. Wann jemand.* &c. i. e. *Si aliquis in solo fundove alieno thesaurum fortuitò*

fortuitò

tuito invenerit, vel sciente ac consentiente domino scrutatus fuerit: tunc thesauri tres fient partes, quarum una inventori, altera jurisdictionem habenti, tertia domino fundi cedet. Si vero nec consentiente domino foderit, nihil adquiret; verum thesaurus ex dimidia parte jurisdictionis domino, & ex dimidia soli domino cedet.

Si data opera illicita, volunt aliqui, totum thesaurum fisco applicandum esse, ex eo, quia omnis thesaurus incantationibus, aut arte magica repertus, fisco applicatur, *Schneid. n.* 5. *hic.* Verum hæc *Opinio* (salvo tamen *Schneidevvini*, melius sentientis judicio) dura videtur, & altera præplacet, quæ hoc in casu dimidietatem fisco, alteram vero loci domino applicat; quia domino loci non est auferendum beneficium fortunæ propter delictum Inventoris. *Manz. n.* 44. *Chlingensp. q.* 46. *ob.* 1. *n.* 1. Aliter *de Constitutione Austriæ* obtinet *loc.cit.* §.3. *Wann jemand* &c. i. e. *Si aliquis artibus magicis thesaurum, sive in proprio, sive in alieno loco investigaverit; quod inventum erit, id cameræ principali vindicabitur, ac propter delictum pœna à judice decernetur.*

67 Q. *Ad quem pertineat Thesaurus, in loco publico, sacro, vel religioso repertus?*
℟. I. absque magnæ difficultatis nota procedere, quod thesaurus, in loco publico casu fortuito inventus, pro dimidia parte pertineat ad *Fiscum*; pro dimidia vero ad *Inventorem. Schneid. num.* 9. data vero opera totum princ'pi cedere. *Clariss. D. Funsterwald. lib.* 3. *obs.* 25.

In *Archi-Ducatu Austriæ* ita obtinet *loc. cit.* §. 1. *Welches auch* &c. i. e. *quod etiam est intelligendum de thesauro qui in via publica, vel in loco qui in nullius privati dominio est, fortuito casu invenitur.*

Sed vehementi dissidio Confligitur inter D. D. *ad quem pertineat thesaurus, in loco sacro, vel religioso repertus?*

Text. §. nostri ita se habet; *thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Hadrianus, naturalem æquitatem secutus, ei concessit, qui eos invenerit; idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit.*

En! ex hoc *text.* habes, quòd thesaurus inventus ex asse cedat inventori; ratio, quia talis locus nullius esse censetur. *Manz. num.* 18. Econtra *text. in l.* 3. §. *pen. ff. de Jure Fisci* sic differit: *sive in locis fiscalibus, vel publicis, religiosis ve, aut monumentis thesauri reperti fuerint, divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his Fisco vindicetur.* En! è diametro *priori text.* contrarium statuit iste textus, *l.* 3. §.*pen.* & non ex asse inventori thesaurum tribuit. Hæc *Pugna*, teste *Harp. num.* 7. plerisque videtur inextricabilis, adeò, ut non erubescant contra pronuntiatum *Justiniani* in *l.* 1. §. 2. *Cod. de Jure vet. enucleand.* Antononiam *hic* admittere, quæ pacto nullo conciliari possit; quam *Opinionem*, veluti vecordem, indignanter respuo, licèt eidem quoque suffragetur *Manz. num.* 29. qui post VII. ℟. in concordiam istorum *text.* comparandam allatas, statuit, Antonomias in Jure nostro reperiri. Ego cum *Harp. loc. cit.* existimo, nihil prorsus pugnantiæ aut cōtrarietatis inter istos *textus* reperiri, modò, justa lance trutinentur. Dic proinde *l.* 3. §. *pen.* loqui de locis religiosis fiscalibus, in quibus thesaurus, fortuitò repertus pro parte dimidia fisco, pro altera parte inventori cedit, ut ejus legis sit ista sententia: thesauri, in locis fiscalibus inventi pro media fisco vindicantur, sive loca fiscalia, in quibus inventus est, publica fuerint, sive religiosa, sive monumentis destinata; quia satis est, ista loca esse fisci. Et ita etiam exaudiri debet constitutio *Friderici Imperatoris tit lib.* 56. 2. *feud.* quod nimirum *Fridericus Impe-*

 rator

rator loquatur non de thesauro, in quovis loco religioso invento; sed de illo thesauro, qui repertus est in loco religioso fiscali, juxta *d. l.3.§. pen. Textus* verò nostri §. loquitur de loco religioso suo, & proprio, quem quis sua voluntate, inferendo mortuum talem efficere potest, & in tali loco thesaurus, à fundi domino repertus, ex asse, & in solidum ad inventorem pertinet.

Dices: loci religiosi non datur proprietas, ergò noster §. de loco religioso suo, & proprio exaudiri non potest. R. nos non intelligere proprietatem loci religiosi dari, quoad dominium, sed duntaxat quoad usum: sic locum religiosum proprium & suum habere dicitur, qui ejus usum pro se, & pro sua familia retinuit, *Zoës. ff. h. t. n.* 42.

De *Consuetudine Austriæ* res aliter se habet, nimirum thesaurum in loco, sacro, vel religioso repertum, totum cedere Prælato illius loci. *Suttingers M. S. V. lit. S. in Schatz. Clariss. D. Fursterwald lib. 3. observ.* 26. *num.* 2. ubi judicatum testatur in causa *Paulen Dinckel*, *und* N. Prior, *und* Convent *Prediger-Ordens zu Wien*.

58 *Controvertitur*, cujus fiat thesaurus, in fũdo feudali, vel emphyteutico repertus?

Sunt qui sustineant, pro media parte inventori pro altera domino loci cedere. Ita quoque docet, *Harp. hic.n.*21. *Hunn. var. resol. tract. I. q.*37. *& ad Treutl. vol. post. disp.* 18. *th.* 29. *q.* 16.

Moventur. I. Thesaurus in fundo alieno repertus, pro dimidiâ parte cedit inventori, & pro altera dimidia loci domino; atqui thesaurus in fundo feudali vel emphyteutico repertus, dicitur repertus in fundo alieno; ergò.

Moventur II. Usufructuarius in fundo, in usumfructum concesso, thesaurum repertum tantum pro dimidia parte suum facit; ergò etiam emphyteuta, & vassallus tantum pro dimidia parte thesaurum, in fundo feudali, vel emphyteutico repertum suum facient: sicuti enim usufructuarius tantum habet dominium utile, ita & vassallus, & emphyteuta tantum habent dominium utile.

His tamen nihil urgentibus, placet eorum dogma, qui thesaurum, in fundo feudali, vel emphiteutico repertum, totum inventori vassallo, vel emphyteutæ tribuunt. Ita docet *Zoës. ff. h.t. n.*27.

Ratio unica, & fundamentalis est hæc, quia omne damnum, si fortè ex infelicitate pars prædii lædatur, vel pereat, pertinet ad vassallum, & emphyteutam; ergò ad eosdem pertinebit commodum: qui enim sentit onus, sentiat, & commodum.

Accedit, quòd vassallus, & emphyteuta dicantur esse utiles domini, habeantque utile dominium, ita, ut omne commodum ad eos pertineat & emolumentum, ergò etiam thesaurus, cum sit rei commodum.

Ad *Argumentum I.* R. *neg. min.* vassallus enim, & emphyteuta sunt utiles domini, ut thesaurus in fundo feudali, vel emphyteutico in alieno fundo repertus esse, dici non possit.

Ad II. R. *con. antec. neg. conseq.* vassallus enim, & emphyteuta jus longe plenius & potètius habent quam usufructuarius. *Accedit*, quod usufructuarius tantum id percipere possit, quod est in fructu; sed thesaurus non est in fructu, id enim in fructu esse dicitur, quod nascitur, & renascitur; thesaurus enim non nascitur, & renascitur; secus est in vassallo, qui non capit thesaurum, ut fructum, sed ut loci beneficium tamquam utilis domini. *Zoës. loc. cit.*

Illud pro *coronide* hujus §. notandum, quòd si creditor in re hypothecata thesaurum

faurum invenerit, mediam partem pro se retineat, & mediam debitori tenea-tur restituere: quod adeo procedit, ut nec, soluto debitò, alteram medietatem debitori restituere teneatur; quia suam dimidiam non retinet, tanquam creditor, sed tanquam inventor, Jure scilicet inventionis. *Schneid. loc.cit.* Idem est, si thesaurus in fundo dotali à marito inventus fuerit, pro dimidia parte marito invenienti, pro altera dimidia uxori cedit; marito quidem Jure inventionis, uxori Jure dominii. *Zoës. ff. h. t. num.* 22. & 29. vide *Finsterwald. lib.* 3. *obs.* 24.

§. Per Traditionem. 40.

XVIII. Acquirendi dominii modus est *Traditio*. Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi; estque vulgata regula: *Traditionibus, non nudis pactis transferuntur rerum dominia.*

Deffinitur traditio, quòd sit *translatio dominii*, si sequentia concurrant requisita.

69 I. Ut tradens sit dominus rei; rei enim alienæ traditio non est translativa dominii, cum nemo plus Juris in alterum transferat, quàm ipse habet, *l.* 45. *ff. d. R. J.*

Obj. Creditor pignus validè distrahit; & tamen non est dominus §. 1. *Inst.quib. alien. licet*, &c. Ergò non dominus per traditionem in alium transfert dominium. R. creditorem tunc demùm validè alienare pignus, si fiat ex voluntate debitoris expressâ, vel tacitâ. Expressâ, si expressis verbis in alienationem pignoris consentit; tunc enim ipse debitor vendere videtur. Nihil autem refert, an ipse dominus per se tradat, an voluntate ejus aliquis alius: sicuti & per procuratorem rectè dominium transfertur, quod enim quis facit per alium, ipse fecisse intelligitur. *c.* 72. *de R. J. in* 6.

Tacita debitoris voluntate distractio pignoris procedit, si pacto solutionis, ad certum tempus factô satis non fecit, *l.*4. *Cod. de pignorat. act. Harp. num.* 6. *hic.* Ratio, quia, si debitor moram trahat, pactoque non satisfaciat, in alienationem pignoris consentire videtur. *Zoes. ff. h. t. n.* 83.

II. Requiritur voluntas, & animus transferendi in tradente, & acquirendi in accipiente. Ex parte tradentis ratio est, quod nemo invitus re sua privandus sit; ex parte accipientis, quia invito nihil acquiritur, nec beneficium datur. *Zoes. loc. cit. n.* 86.

III. Ut sit res corporalis, sicuti enim res incorporales propriè non possidentur. *l.* 4. §.27. *ff. de usucap.* ita quoque propriè non traduntur, quia tactum effugiunt: nihilominus, quia patientia unius, & usus alterius in rebus incorporalibus loco traditionis habetur, *l.* 20. *ff. de servit.* ideò, si quis patiatur alterum uti Jure quodam, v. g. *ire, agere, uti, frui*, censetur ipsi quasi tradidisse Jus illud servitutis. *Manz. n.* 11. *hic.*

Res immobiles veræ traditioni subjacent; in his enim inductio in rei possessionem vices traditionis sustinet. *Schneid. n.* 2.

IV. Ut sit res alienabilis, non prohibita alienari per possessorem vel legem. Sic traditio rei sacræ, vel fideicommissariæ nihil operatur, nihil enim actum videtur, quod fit lege prohibente. *Manz. n.* 12.

V. Ut traditio fiat ex justa causa, habili ad transferendum dominium, qualis est *emptio, venditio, dos, legatum, donatio, solutio, mutuum* &c.; nunquam enim nuda traditio transfert dominium, sed

sed ita, si justa causa præcesserit. Hinc excluditur titulus *commodati*, *depositi*, *locati*, quæ non sunt causæ translativi dominii. *Harp. n.* 23.

70 Q. *An error circa causam impediat translationem dominii*? fac v. g. quod ego tibi pecuniam quasi donaturus dem, tu quasi mutuam accipias. Cum utriusque negotium sit translativum dominii; *Quæstionis* est, *an tali casu rei dominium transferatur*? Circa hanc *Quæstionem*, promontorii instar, eminent duo immanes scopuli: unus est *l. si ego* 18. *ff. de R. C.* alter autem in *l.* 36. *ff. de A. R. D.*

Qui *negant* tali casu transferri dominium, producunt, *d. l. si ego* 18. *ff. de R. C.* ubi in hæc verba rescribitur: *Si ego pecuniam quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse, sed, an mutua sit videndum? Et puto; nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit; quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, qui secundum voluntatem dantis nummi sint consumpti.* Ecce! hoc in *textu* apertè *negatur* dominium transferri, dum ducit: *magisque nummos accipientis non fieri.*

Qui *affirmant* dominium transferri, stringunt textum *l.* 36. *ff. de A. R. D.* ubi *textus* ita se habet: *cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis verò dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio? veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam donandi gratia, ut eum quasi creditum accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi, & accipiendi dissenserimus.* En! è diametro sancitur hic *priori textu* contrarium, videlicet dominium transferri, licet partes in causa dissenserint.

Ego I. hoc *textu* ita *moveor*, ut dominium transferri, etsi partes in causa dissenserint, audacter sustineam. Ita docet *Clariss. D. Woller*, vir singulari cultu dignus, & promotor meus venerandus, *tract. de mutuo. pag.* 116. *n.* 28. *& seq. Hunn. var. resol. pag.* 382. *q.* 38. *& pag.* 849. *q.* 19. *Harp. hic. n.* 23. *Zoes. ff. h. t. num.* 9. *Schamb. hic.*

Moveor II. hac ratione, quia nihil tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi, *text. hic.* sed in nostro casu habetur talis voluntas; ergò.

Moveor III. si aliquid obstaret in nostro casu translationi dominii, tunc obstaret nullitas causæ; sed hæc non obstat, quia ad translationem dominii non requiritur causa, validè subsistens, sed sufficit putativa; ergo hæc nullitas non obstat. *Minor prob.* ex eo, quia etiam, dum indebitum per errorem solvitur, transfertur dominium, licet vera causa non subsit sed tantum putativa: quod autem in solutione indebiti transferatur dominium, patet exinde, quia solventi applicatur condictio, cum alia rei vindicatio applicari deberet

Ad *text. si ego.* 18. varii variè R. Placet, quòd verba illa *d. l. si ego* 18. *magisque nummos accipientis non fieri*, ita debeant accipi, quasi illorum nummorum proprietas ad accipientem non transierit, sed quod perfectè, sive irrevocabiliter non fiant accipientis, ita ut perpetuo penes accipientem mansuri sint, siquidem pecunia, quæ, tanquam mutua, accepta est, licèt accipientis fiat, avocari tamen ab illo potest, si adhuc exstat, per certi condictionem; si vero consumpta sit, tunc quidem adhuc ista condictio locum habet, sed per exceptionem doli mali eliditur, quod scilicet pecunia secundum voluntatem dantis consumpta

sumpta sit: sic si dixeris, statuas, necesse est, in utroque textu verum dici, nimirum nummos accipientis, *d. l.* 36. & non fieri accipientis, *d. l.* 18. sed diverso respectu: nam fiunt nummi accipientis, sed revocabiliter, quia condici possunt, non fiunt accipientis, id est, perfectè, & irrevocabiliter. Ita *Hunn. loc. cit.*

§. Venditæ 41.

71 Dictum est in *superiori* §. per traditionem dominium transferri, si justa tradendi causa, & titulus habilis ad transferendum dominium subsit; hoc in §. exceptio subjicitur. Nam licet emptio venditio sit titulus habilis ad transferendum dominium, res tamen venditæ, & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si pretium exsolutum fuerit. Unde venditor, si rem tradidit, pretio nondum soluto, vindicare eam rursus potest, quod sæpè in concursu aliorum creditorum magnæ utilitatis est, *l.* 19. §. 8. *ff. de act. empt. Harp. num.* 15.

Limitatur I. Nisi emptor alio modò venditori volenti satisfecerit. v. g. fidejussore, aut pignore ratione pretii dato, *text. hic.* Ratio, quia paria sunt pretium solvi, vel aliter satisfieri. Dixi *volenti*, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. *l.* 2. §. 2. *ff. de R. C.*

Limitatur II. Nisi venditor Emptori fidem de pretio habuerit (*wann er ihme geborget*), *text. hic.* & in *l.* 19. *ff. de contrah. empt.* quia fidem sequi, vel fidem de pretio habere, est quasi satis accipere. *Perez. Inst. hic.* Fidem autem de pretio habuisse, præsumitur, cum venditor emptori solvendi terminum præscripsit, vel pecunia non accepta rem tolli passus est. *Manz. n.* 6. *Harp. n.* 18.

Sola, & simplex traditio (si nulla prorsus pretii mentio facta sit) fidem de pretio habuisse venditorem non facit: ratio, quia fidem sequi est quasi satis accipere, *d. l.* 19. satisfactio autem, cum facti sit, non præsumitur. *arg. l.* 10. *Cod. de non numer. pecun. Schamb. hic. Harp. n.* 18.

§. Nihil Autem. 42.

Jam *supra* in I. traditionis requisito diximus, nihil interesse, an dominus alicui rem tradiderit, an alius ejus nomine. *text hic.*

§. Qua Ratione. 43.

Ex *priori* §. hic infertur, quòd si res alterius alicui traditæ sint à procuratore ejus habente mandatum vel speciale vel cum libera, accipientis fiant. Generale mandatum non sufficit, quia tale non tribuit facultatem alienandi. *Manz. n.* 3.

§. Interdum. 44.

Tametsi regula sit, *Traditionibus, & Usucapionibus rerum dominia transferri. l.* 20. *Cod. de pact.* Aliquando tamen etiam nuda voluntas ad transferendum dominium sufficit, modo traditio aliqua ex causa non sufficiente ad dominii translationem præcesserit, v. g. deposui apud te, vel commodavi tibi pallium, postea ut illud titulo donationis, vel emptionis à me acquiras, non est opus pallium recipere, & iterum tibi tradere; sed sufficit, quod velim, & patiar esse tuum *text. hic.* frustra enim fit per plura, quod potest fieri per pauciora.

Et hæc traditio per fictionem brevis 72 manus fieri dicitur; fingitur enim in dicto casu, ac si ego pallium recepissem, & denuo tradidissem. *Schamb. hic.*

§. Item Si Quis. 45.

Hic proponitur altera species fictæ traditionis, nimirum clavium traditio, nam si quis merces suas in horreo reposi-

tas

tas alteri vendiderit, simul atque claves horrei emptori tradiderit, transfert dominium, & proprietatem in emptorem; fictio enim tantum operatur, quantum veritas *text. hic.*

73 Enumerantur præterea plures fictæ traditiones in Jure nostro, uti sunt primò *Instrumenti* sive *Chirographi. l. 1. Cod. de donat.* secundò *Consignatio*, si emptor res emptas consignet, *l. 14. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* Tertio *Appositio custodis*, v. g. ad emptum acervum lign. *l. 51. ff. de acq. poss. Manz. num. 5. Harp. num. 3. 4. & 5.*

§. Hoc Amplius. 46.

74 Tertia species fictæ traditionis est projectio missilium; Romani enim principes, qui divitiis abundabant, liberalitatis gratiâ solebant spargere missilia, sicuti & hodie in electione Papæ & Imperatoris fieri solet: & tunc projiciens vult, ut illud, quod quisque apprehendit, fiat accipientis. **Schneid. hic.**

§. Qua Ratione. 47.

75 *Ultimus* acquirendi dominii modus est *Occupatio rei pro derelicto habitæ*, qualis est illa, quam dominus ea mente, abjecit, ut in numero suarum rerum esse nolit; non mirum igitur, quòd occupanti concedantur. Quod procedit tam in rebus mobilibus, quam immobilibus; ut si quis domum, vel agrum ita dereliquat, ut in bonis suis amplius esse nolit. *Schamb. & Schneid. hic.*

§. Alia Sane Fin.

Q. hic. *An is, qui apprehendit res, quæ coorta tempestate, levandæ, & exonerandæ navis causâ in mare ejiciuntur, acquirat earum tamquam derelictarum, dominium?* R. *negativè*, ratio est in *textu*, quia palam est, eas non eò animò abjici, quòd quis eas habere nolit, sed ideò, ut cum ipsa nave tempestatis, & naufragii periculum effugiat. Quare, si quis eas fluctibus expulsas vel etiã in ipso mari natantes lucrandi animo abstulerit, furtum committit. *text. hic.* quia rem detinet invitò dominò lucrandi gratiâ.

Ad Vers. Ne Longe.

Quæ dicta sunt de *Projectis in mare*, eadem obtinent in iis, quæ de *rheda currente*, non advertente domino, *deciderunt*; nam manent ipsius domini, cui ab inventore restituenda. Ubi universaliter

Observa! si quis rem invenerit, quòd de domino inquirere, & si eum resciverit, rem illam conscientia restituere teneatur. Quòd adeò verum, ut inventor menytrum, id est, inventionis præmium, vel mercedem honestè petere non possit. *lib. 43. §. 7. ff. de furt.*

Dixi *petere*, quia honestè, si ei offeratur, accipere potest. *Schamb. hic. & Manz. num. 8.*

Quòd si dominum rescire non possit, poterit sibi retinere; nulla enim lex est, quæ obstringat inventorem, ut rem inventam elargiatur in pauperes. *Schamb. hic. & Harp. num. 9. Layman. lib. 3. de Just. tit. 1. cap. 5. num. pen. Menoch. lib. 5. præsumpt. 30. num. 8.*

TITULUS

T I T U L U S II.

DE REBUS CORPORALIBUS, ET INCORPORALIBUS.

S U M M A R I A.

1 *Quæ res dicantur corporales?*
2 *Quæ incorporales?*
3 *Quæ dicantur res mobiles?*
4 *Quæ immobiles?*
6 *Pecunia numerata an referenda sit ad res mobiles, an vero immobiles?*
6 *Quo pertineant Jura, & actiones?*
7 *Pecunia, ex re immobili redacta, an ad res immobiles spectet?*
8 *Quid intersit, an res dicatur mobilis, an immobilis?*

EXposuimus *Titulo præcedenti* varias rerum *Divisiones*, hic rursus ponitur alia, quæ plane generalis est, involvens omnes alias rerum divisiones, facitque alias *corporales*, alias *incorporales*.

Ad verf. Corporales, & ad verf. Incorporales.

1 Quæritur hic, *quænam res dicantur corporales?* ℞. *Imperator*, res corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, h. e. quæ sub tactum cadunt, quasque, si præsentes sint, corpore, & manu apprehendere, oculis conspicere, vel cæteris sensibus percipere possumus, v. g. *homo*, *vestis*, *fundus*, *aurum*, *argentum*, &c. *Vinn. Inst. hic. num.* 1. Dicitur autem *sui natura*, ut indicetur, etiam illas res, quæ cœlo infixæ sunt, vel in abysso maris existentes, vel in montibus occultatæ, hac divisione contineri, licet enim actu tangi nequeant, a natura tamen ita comparatæ sunt, ut tangi possint, *Harp. num.* 3. *Schneid. num.* 2.

2 Res incorporales sunt, quæ tangi non possunt, h. e. quæ sub sensum exteriorem non cadunt, ita, ut neque tactu apprehendi, nec visu percipi possint; sed solo intellectu, & animi judicio percipiantur, v. g. *obligationes*, *actiones*, *servitutes*, *hæreditas*, &c.

Dices: tamen plerumque in hæreditate reperiuntur res corporales, puta *aurum*, *argentum*, *vestis*, *fundus*, &c. ergo male dicitur, quod hæreditas sit res incorporalis. ℞. hæreditatem hic accipi non pro rebus hæreditariis, sed pro ipso Jure succedendi; quo respectu hæreditas est quid incorporale, sicuti a par in obligationem, in usumfructum plerumque res corporales deducuntur; nemo tamen dixerit *obligationem*, *usumfructum*, &c. esse res corporales. *Manz. num.* 2. *hic. Frantzkius Inst. hic. num.* 9. *Chlingensperg. hic. ob.* 2.

Dices: nihil interest, an nomine hæreditatis intelligatur ipsum Jus succedendi; an vero ipsæ res singulares in hæreditate contentæ. ℞. multum interesse, si enim res singularis evincatur, venditor hæreditatis de evictione non tenetur, *l.* 5. *Cod. de evict.* quia non res singularis censetur vendita, sed ipsum Jus incorporale. *l.* 2. *ff. de hæred. vel. act. vend.* pulchre *Chlingensp. Inst. h. t. q.* 3. *ob.* 1. & 2.

Res corporales *subdividuntur in mobiles & immobiles.* Illæ sunt, quæ in locum & de loco moveri possunt, sive ab iis ipsis id fiat, ut in rebus animatis accidit, puta *equo*, *bove*, *asino*, *agno*, &c. Sive ab alio, ut in rebus inanimatis, v. g. *veste*, *lecto*, *libro*, *scanno*, *candelabro*, *pelvi*, &c. *l.* 93. *ff. de V. S.* vulgo *fahrende, oder beweglicheHabb, undGüter*. 3

7 Q. III. *An pecunia ex venditione rerum immobilium comparata referenda sit inter res immobiles?*

Dixeris quod *sic*, quia pretium succedit in locum rei, *l.22. ff. de hæred. petit.* Sed *contrarium* tenendum cum *Mantic. de conject. ult. volunt. l. 9. tit. 3. num. 4. Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 3. q. 18. Harp. num. 16. hic. Braun. de tutel. tit. de reb. eor. qui sub. tut. th. 19.* aliud enim (inquit *Harp. loc. cit.*) est pretium, aliud res ipsa. *l. 28. ff. de novat. l. 28. de V. S.*

Ad rationem dubitandi ℞. regulam illam, pretium succedit loco rei, procedere solum in casibus Jure expressis, puta in *Judiciis universalibus*, ut est *Petitio hæreditatis d. l. 22.* Item in *actione metus. l. 18. ff. quod met. caus.* In *Judiciis* vero *particularibus* dicta regula plerumque fallit. Sic pretium ex re furtiva redactum furtivum non est. *l. 48. §. ult. ff. de furt.* Nummi ex distractione pignoris tedempti pignus non sunt. *arg. l. 7. §. un. ff. qui pot. in pign.* Res empta ex mea pecunia, si ab altero, non meo nomine, emptio facta sit, mea non est, *arg. l. 6. Cod. de R. V. Gail. de pignorat. obs. 11.* Vides proinde, vulgatum illud Juris Brocardicon, quod pretium succedat loco rei, universale non esse, sed plerumque fallere. Quam ipsam doctrinam, velim, memoriæ tenaciter imprimas, utilis enim est, & fructuosa; quæ autem utilia sunt, ad scientiæ gloriam multum contribuunt. Enim vero, *Lipsio* teste, qui fructuosa, non qui multa scit, sapit.

Dices: nulla est utilitas, nullus effectus, sive res dicatur esse mobilis, sive immobilis; ergo incassum laboravimus, dum rerum divisioni hactenus tam anxie insudavimus. ℞. *neg. ant.* & *conseq.* I. enim interest in alienatione rerum minorennium, & Ecclesiasticarum; mobiles enim sine decreto Judicis, & consensu Capituli alienari possunt; immobiles non etiam, *tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tut. & ✠ de reb. Eccles. non alien.* 8

II. Interest in casu, quo statutum superstiti conjugi bona mobilia in lucrum decernit.

III. Interest ad hoc, ut intelligas, an competat interdictum unde vi, an vero utrubi, *Gail. lib. 2. obs. 10. num. 4.*

IV. Interest ratione retractus, de quo vide *Zoes. ff. de Retractu. num. 83.*

Ad vers. Eodem Numero.

In hoc *ultimo* ℣. ad res incorporales *Justinianus* refert quoque *Servitutes*, idque ideo, ut tanto commodius in *sequentem Titulum* illaberetur.

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM, ET URBANORUM PRÆDIORUM.

SUMMARIA.

1 *Servitus bifariam accipitur.*
2 *Quomodo definiatur?*
3 *Alia personalis alia realis.*
4 *Alia rustica alia urbana.*
5 *Prædium rusticum, & urbanum quod sit?*

6 *Quomodo possis scire, an servitus sit rustica au urbana?*
7 *Quid sit iter?*
8 *Quid actus?*
9 *Quid via?*
10 *Quid aquæ-ductus?*
11 *Quid Jus nascendi?*
12 *Pascua alia publica, alia privata.*
13 *An locus prædii serviens mutari possit?*
14 *Quid sint servitutes urbanæ?*
15 *Aliæ sunt affirmativæ, aliæ negativæ.*
16 *Servitus oneris ferendi.*
17 *Item tigni immittendi disiniuntur.*
18 *Tigni nomine quid veniat?*
19 *Tignum, sine Jure servitutis immissum, intercidi potest.*
20 *Servitus stillicidii quid sit, & quotuplex?*
21 *Item quid servitus altius, & non altius tollendi?*
22 *Servitus, ne luminibus officiatur, quæ dicatur?*
23 *An vicinus mea limina ædificando obscurare possit?*
24 *Quid sit servitus luminum?*
25 *An in meo pariete fenestram aperire possim, qua in aream alterius prospiciam?*
26 *Quid sit æmulationis causa lumina ædificando obscurare?*
27 *Quare servitutes dicantur prædiales?*
28 *An vasallus fundo feudali servitutem recte imponat?*
29 *Servitutes quomodo constituantur?*
30 *An præscriptione?*

1 VOx *Servitutis* homonyma est, ac duplicem in Jure *Significationem* habet. I. sumitur pro *Qualitate personali*, qua inducitur privatio libertatis, indeque pendentium Jurium; & de hac servitute superiori libro satis, superque egimus.

2 II. Accipitur pro *Jure*, vi cujus utilitatem quamdam ex re aliena percipere possumus, atqui in hac acceptione est nostri instituti, ac a variis varie, a paucis bene *diffinitur*; placet, quod sit *Jus reale, vi cujus libertas domino alioquin in re sua competens minuitur, ita, ut in commodum nostrum aliquid in suo pati teneatur, vel non facere. Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. Schneid. n. 3.* germanice vocatur *eine Dienstbarkeit. N. Oe. neue Satz. und Ord. de Jurib. incorp. 16. §. 1.*

3 *Dividitur* in Servitutem *personalem*, & *realem*. Personalis est, quæ personæ debetur, seu quo proxime respicit utilitatem personæ, v. g. *usus, ususfructus, & habitatio*, de quibus *tit. seqq.* Realis est, quæ rei debetur, sive quæ proxime respicit utilitatem rei, v. g. *Iter, actus, via, &c.* de quibus *hoc titulo.* Servitus realis, quæ alio nomine etiam prædialis nominatur.

4 *Subdividitur in urbanam, & rusticam.* Urbana est, quæ debetur prædio urbano. Rustica, quæ debetur prædio rustico.

5 *Prædium* autem *urbanum* dicitur, quod præbet usum urbanum, h. e. quod *inhabitandi, negotiandi, recreandi* causa constitutum est. *Rusticum prædium* est, quod præbet usum rusticum, h. e. quod ad fructus colligendos, vel asservandos, vel ab stabilienda pecora, exstructum est. *Schneid. n. 7. Chlingensp. q. 7. hic.*

Illud non refert, an prædium sit in urbe, an extra urbem exstructum, non enim locus, sed materia prædium facit vel urbanum, vel rusticum. *l. 198. ff. de V. S.*

Unde, ut intelligas, *an prædium urbanum an rusticum sit?* usum, quem præbet, inspicias, necesse est, & si ille usus sit urbanus, h. e. si ad inhabitandum, negotiandum, vel recreandum destinatus sit, prædium erit urbanum. Econtra, si ille usus sit rusticus, puta, ad

ad *reponendos fructus*, ad *asservanda instrumenta rustica*, vel ad *stabilienda pecora* destinatus, prædium erit rusticum *d. l.* 198. *ff. de V. S.* & *l.* 166. *ff. eod. Cæpolla de servit. tit.* 1. *cap.* 1. *num.* 2. *Manz. de servit. tit.* 1. *q.* 2. *num.* 7. *Schneid. Inst. n.* 7. *Clariss. D. D. Franz. n.* 8. *Schamb. hic.* Ex *Dictis.*

Colliges: licet hortus regulariter, & communiter prædiis urbanis adnumeretur, quia videlicet plerumque recreandi causa exstruitur; si tamen hortus in reditu sit, h. e. *uvas* vel *olivas* generet, quod incipiat, esse prædium rusticum *d. l.* 198. quia prædium recipit suam denominationem ab usu, & fine, ad quem destinatum est. Sic pariter, licet stabula communiter pro stabulandis jumentis comparata sint, & hoc sensu veniant nomine rusticorum prædiorum; ipsa tamen stabula etiam prædia urbana esse poterunt, puta, si sint meritoria, h. e. pro mercede elocentur, & paterfam. non tam usum stabuli quam mercedem ex usu primario respiciat, vel etiam, si stabula destinata sint ad mansionem pauperum hominum. *Franzkius n.* 15. & *Schamb. prin. hic.* pulchre *Clariss. D. Franz. n.* 9. *V. obs.* 5.

Ostendi, quomodo intelligere possis, an prædium *rusticum* sit, an *urbanum*? Jam

6 Q. I. *Quomodo cognosci possit, an servitus sit urbana, an rustica?*

Observa! Prædium aliud esse *dominans:* aliud *serviens.* Illud vocatur, cui debetur servitus. Hoc dicitur, quod debet servitutem. *Mynsing. n.* 6. *Schneid. n.* 5. Quo prænotato,

℞. Inspiciendam esse qualitatem prædii, cui servitus debetur. Quod si sit prædium rusticum, servitus erit rustica; si urbanum, erit urbana: servitus enim denominatur a prædio dominante, tanquam a digniori. Ita *Franzkius n.* 20. *Schneid. n.* 8. *Harp. n.* 99. *hic.* Unde, licet via sit servitus rustica; si tamen via per fundum tuum debetur meæ domui, dicetur servitus urbana, quia denominatur a prædio dominante, & de se nulla servitus est vel urbana, vel rustica; sed accipit denominationem hanc a principio extrinseco, puta a prædio dominante, *Clariss. D. D. Franz. n.* 6.

Dices: Nihil interest, an servitus sit urbana, an rustica: ergo male distinguitur. ℞. *neg. ant.* & *conseq.* Interest enim ratione amissionis: servitus enim rustica solo non usu amittitur, non urbana; utpote in qua opus est facto ejus, cujus prædium servit. *l.* 15. § 1. *ff. quemadmod. serv. amitt.* Hoc ipsum nos *infra h. t.* latius *explicabimus.* vide *Chlingensp. q.* 6. *ob. un. hic.*

Species servitutis rusticæ *Imperator* hic in principio varias recenset, I. est *Iter*, germanice *ein Fuss-oder Gang Steig, wann einer einen Weeg und Steg über frembde Gründe hat. N. Oe. neue Satz-und Ordn. de Jur. incorporal.* §. 2. *tit.* 16. 7

Definitur, quod sit *Jus eundi, ambulandi hominis per fundum alienum; non etiam Jumentum agendi, vel Vehiculum ducendi.* Casus hujus servitutis potest talis esse: habebam ego fundum, habebas & tu fundum in propinquo; cum in meum ire vellem, opus mihi erat magno circuitu; pactus tecum sum, ut mihi iter concederes per tuum fundum ad meum: tu mihi iter concessisti, ut transire possem; sed neque cum Jumento neque cum vehiculo. Ex ista concessione mihi quæsitum est Jus in fundo tuo, vi cujus per illum ad meum fundum ire possum, & hoc jus vocatur servitus itineris. *Schneid. n.* 11. *Manz. n.* 4. *hic.*

Dixi I. Jus eundi: ubi *notandum*, quod is etiam ire intelligatur, qui sella, vel

vel lectica portatur, vel equo incedit. *l. 7. & l. 12. ff. de servit. præd. rust.* Ratio est tum, quia alias male consultum foret podagrico, aut valetudinario, iter habenti. Tum, quia, qui alteri concedit iter, in effectu concedit ipsi bipedale spatium, per quod possit incedere: atqui sive pedes, sive eques incedat, sive sella, sive lectica portetur, non insumit majus spatium; ergo *Manz. n.* 10,

Hæc ipsa tamen *Extensio* tunc denuo locum habet; nisi inter partes conventum sit, ut pedibus tantum incedere liceat; tunc enim contractus ex conventione legem accipit, & pacta ultra mentem contrahentium non sunt extendenda. *C.* 115. *de R. J. in* 6. *l.* 84. *ff. de R. I. & l.* 1. *§.* 6. *ff. depositi.*

Dixi II. Ambulandi hominis. I. Vox *ambulandi* Itionem, & Reditionem denotat; cui enim ire licet, utique etiam redire permissum est? II. Vox *hominis* additur ad distinctionem, *actus*, *& viæ*, nam iter est *hominum*, *actus jumentorum*, *via vehiculorum*. Homines eunt, jumenta aguntur, vehuntur vehicula. *Manz. n.* 12. *Wesemb. n.* 3.

Illud *hic* singulariter *notandum*, quod, licet alias in Jure prohibitum sit, propria authoritate Jus sibi dicere *l.* 13. *ff. quod met. caus. & l. ult. Cod. unde vi.* aut alteri vim inferre, *tot. tit. ff. de vi*, *& vi armata*. Illud tamen limitetur in casu, quo quis *murum*, *sepem*, *ædificium* erigit in loco, ubi servitus debetur. Hoc enim in casu, si per murum, per sepem, per ædificium impediatur usus servitutis, poterit dominus prædii dominantis propria authoritate, & irrequisito Judice sepem, murum, ædificium intercidere, demoliri & destruere. *l. quemadmodum.* 29. *§.* 1. *ff. ad leg. Aquil.* in illis verbis: *Jure suo potest eum intercidere. Schneid. Instit. hic. n.* 15. *Brunnem. in d. l.* 29. *§.* 1. pro defensione enim Jurium incorporalium vim vi licet repellere. *l.* 1. *§.* 2. *ff. de itin. actuque privato. Schneid. d. l. Gail.* 1. *obs.* 147. *num.* 2. *Stephan. de Jurisdict. lib.* 1. *cap.* 49. *Menoch. remed.* 3. *retinend. poss. n.* 29. *Rosenthal. de feud. cap.* 10. *concl.* 41. vide *N. Oe. st. Satz und Ordnung, loc. cit. §.* 6. *Welcher sich in seinem rechtmässigen* Process *wider eines andern Gewalt*; *und unbefugtem Angriff*, *auff gebührende in Rechten zugelassene Weiss selbst schützet*, *und handhabet*, *der kan desswegen keines Gewalts beschuldiget*, *noch angeklagt werden.*

II. Servitus rustica est *actus*, nostro idiomate *ein Trieb*: alii vocant *ein Fahr-Weeg.* 8

Definitur, quod sit *Jus agendi Jumentum, vel Vehiculum per prædium alienum ad nostrum, text. hic. & in l.* 1. *ff. de S. P. R.* Unde advertis, in quo differat *actus* ab *itinere*, nam, qui Iter habet, Actum non habet; econtra, qui actum habet, etiam iter habet. Qui ergo actum habet, non tantum habet Jus agendi jumentum, vel vehiculum ducendi, sed etiam eundi, & ambulandi sine Jumento, quia, cui licet, quod est plus, ei non debet denegari, quod est minus, *c. cui. licet. de R. J. in* 6. atqui plus est jumentum agere, & vehiculum ducere, quam ire & ambulare; ergo. *Ratio* alia, quia uno concesso omne illud concessum videtur sine quo alterum expediri non potest. *l.* 2. *ff. de Jurisdictione*; atqui jumentum agi, h. e. ante se propelli, & abigi, seu agitari non potest, nisi insequatur homo, & ambulet; ergo. *Manz. num.* 22. *Harp. num.* 48. *& n.* 49. *hic.*

Dices: ex *dictis* sequitur, quod iter actui abesse non possit; sed iter potest ab actu esse *l.* 1. *§.* 1. *ff. si servit. vind.* ergo. ℞. Iter dupliciter considerari posse, in *abstracto*; & in *concreto*. In abstracto consi-

consideratum h. e. quatenus solam itionem sine jumento includit, non continetur in actu *d. l.* 4. §. 1. In concreto vero consideratum, h.e. quatenus necessarium est ad agendum jumentum, formaliter, & essentialiter in actu includitur; cum nemo possit agere, nisi eundo insequatur jumentum, & de hoc itinere intelligenda est *l.* 1. *ff. de admend. legat.* ubi dicitur, quod actus sine itinere esse non possit. *Harp. n.* 52. *Hunn.* [illegible] *eul. vol. lib.* 2. *tract.* 2. *q.* [illegible]. Ex dictis

1. *Assero,* quod inter partes recte conveniri possit, ut quis actum habeat, non vero iter, in abstracto sumptum; hoc enim in actu essentialiter non continetur.

Sane, si actus simpliciter concessus fuerit, iter quoque, in abstracto sumptum, intelligitur concessum. *l.* 1. *ff. de S. P. R. l.* 58. *ff. de V. O. l.* 9. §. *ff. de Novat. Clariss. D. Franz. n.* 25. & *communiter omnes.*

9 III. Servitus rustica est *Via*, germanice *eine Dienstbarkeit, vermög dero einer nicht alleine gehen, reiten, fahren: sondern Bäum und Stein darüber führen, schleiff- oder flötzen kan.*

Definitur, quod sit *Jus eundi, ambulandi, agendi jumentum; vehiculum ducendi, lapides, trabes, & tigna trahendi, & rectam hastam ferendi*, h. e. exercitum per alterius agrum, vel fundum ducendi; modo fructus non lædat, *l.* 7. *ff. de S. P. R. Schneid. num.* 19. *hic.* Aliter ista verba: *rectam hastam ferendi* interpretantur *Manz. num.* 27. *Schamb. hic.*

Differt via ab actu I. quia, qui viam habet, non tantum hab[illegible]t jus eundi, & agendi jumentum, sed trahendi lapides, trabes, tignum, &c. adeoque latius patet. *Harp. n.* 64. II. Latitudo viæ in Jure determinata est, videlicet, ut porrectum octo pedes, in anfractum vero, ubi flexum, & sinuosum est, sedecim pedes contineat, *l.* 8. *ff. de S. P. R.* contra vero latitudo actus nullibi reperitur definita. *Manz. num.* 28. *Franz num.* 26.

IV. Servitus rustica est *Aquæductus*, in nostra vernacula *eine W*[illegible] *Wann einer befu*[illegible] *Gru*[illegible], quod sit *Jus ducendi aquam per fundum alterius.* Dicitur *ducendi aquam*, ut differat ab Aquæ haustu, quæ servitus imponitur illi aquæ, quæ duci non potest, veluti puteali. *Manz. n.* 35.

V. Est *Aquæ haustus*, quæ est Jus hauriendæ aquæ ex fonte privato, vel alia aqua vicini.

Circa hanc servitutem *notanda* sunt duo. I. Ut is, cui acquiritur, habeat vicinum prædium, *l.* 1. §. 1. *ff. de S. P. R.* licet enim tunc aqua hauriatur pro utilitate personarum, quæ vicinum prædium possident, ista tamen servitus realis dicitur, quia debetur a re respectu, & contemplatione prædii vicini, & consequenter illud Jus reale est, & transitorium ad hæredes. Quod si acquirens non habeat prædium vicinum, sed forte ex conventione tantum pro utilitate suæ personæ aquæ haustus ei concessus fuerit, dicitur Jus personale, quod cum persona extinguitur, *l.* 4. *ff. d t. Schneid. num.* 27.

II. *Notandum*, quod, concessa hac servitute, iter quoque ad aquam, ac id omne, sine quo ad puteum perveniri non potest, concessum esse intelligatur, *l.* 11 §. 1. *ff. commun. præd. l.* 3. §. *qui habet. ff. de S. P. R. Harp. n.* 38. *Schneid. num.* 27. *Clariss. D. D. Franz. n.* 28. *hic.* Concordat Jus Austr. *neue Satz und Ordnung de Jur. incorp. tit.* 16. §. 7. *Welcher aus einen Brunnenquell, oder einen Schöpff-Brunnen auf frembden Grunde das Wasser zu seinem Haus, oder Grunde zu nehmen, befuget*

befuget ist, der hat die Gerechtigkeit des Steigs zu solchem Wasser, und also entgegen.

11 VI. Servitus rustica est *Jus pascendi*, germ. *Vieh-Trieb. Wann einer befuget, sein Vieh, in frembden Auen, und auf anderer Leuth Gründen zu halten und zu weyden. Describitur*, quod sit *facultas pascendi pecora in alieno fundo.*

jus villæ, vel civitatis publica, alia *privata. prata, agros* vel *sylvas*, in quibus omnes alicu- & singuli de universitate sua pecora pascere possunt.

Privata sunt, quæ alicui privato Jure proprio in fundo alieno (forte ex *emptione, venditione, legato* vel *præscriptione*) competunt. *Harp. n.* 91. *Capolla tract. de serv. rust. præd. c.* 9. *n.* 4. *Berlich. p.* 2. *concl.* 49. *num.* 2. *Schneid. num.* 40.

Cæterum, tametsi appellatione *Pecoris* contineantur omnes quadrupedes, quæ gregatim pascuntur, *l.* 65. *§. pecoribus. ff. de legat.* 3. Servitute tamen pascendi uti aliter quis non potest, quam est in conventione vel præscriptione, *arg.. l.* 1. *§.6. depositi.* Ubi dicitur, quod contractus ex conventione legem accipiat, & *l.* 1. *§. si quis ff. de itinere, actuque privat.* Ubi statuitur, tantum esse præscriptum, quantum possessum. Unde

Infero, si inter partes convenerit, tantum de pascendis ovibus numero centum; non possint ibi boves, vel ultra centum oves pasci. *Schneid. n.* 31. *Harp. n.* 110. *Capolla loc. cit. cap.* 9. *n.* 17. *Berlich. d. loc. concl.* 49. *n.* 10. *Item statuit N. Oe. Satz und Ordnung de Jur. incorp. §.* 14. *Wessen sich* &c. i. e. *Uti aliquis cum vicino de pecoribus in hujus fundo pascendis: uti etiam usu pacifico longi temporis seu* 32. *annorum factum erit; ita erit porro utendum, nec sine permissu domini in majus progrediendum.*

Q. II. An dominus prædii servientis 13 possit loca, in quibus debet alteri servitutem pascendi, mutare, & reducere ad culturam, invito domino prædii dominantis?

Ratio dubitandi I. est, quia quilibet est rei suæ moderator, & arbiter; *l.* 21. *Cod. mandati.* II. *ex l.* 24. *§. ult. ff. de damno infecto*, ubi diserte cautum est, licere mihi puteum fodere, etiamsi vicini putei venæ præcidantur; *ergo* possum alteri non fundo meo facere, licet id

Verum his non ob... dium serviens mutari non posse; *ergo* mutationem conditio prædii dominantis reddatur deterior. Ita *Gail. lib.* 2. *observ.* 67. *n.* 10. *Bach. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 17. *th.* 16. *in fine. Schneid. n.* 33. *& seq. Cepolla d. cap.* 9. *n.* 4 fuse *Berlich. p.* 2. *conclus.* 49. *n.* 24 *Surdus consil.* 65. *N. Oe. Satz und Ordnung. loc. cit. §.* 16. ubi omnino vide.

Prob. per *l.*1. *§* 4 *ff. de aqua pluvia arcenda.* ubi in hæc verba rescribitur? *Sic debet aliquis agrum suum meliorem facere, ne vicini deteriorem faciat*; atqui utique deteriorem faceret, si quis forte vellet ex prato stagnum, aut ex sylva vites facere; *ergo.*

Accedit *l.*9. *Cod. de servit.* ubi dicitur, quod ædificans contra debitam servitutem teneatur id demoliri suis sumptibus; *ergo* signum est, quod conditionem prædii dominantis non liceat reddere deteriorem

Ad *Rationes dubitandi* patet *Solutio.* I. enim procedit, nisi alteri in fundo illius Jus, seu servitus aliqua competat.

II. Eadem solutione perimitur, scilicet, possum in meo fundo puteum fodere, licet venæ alterius putei præcidantur; nisi alter Jus, aut servitutem habeat, vigore cujus mihi non permissum est, puteum in meo fundo fodere.

Præter

Præter servitutes rusticas, hactenus enumeratas dantur adhuc plurimæ, puta, *calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ*, *eximendi cretam*, *sumendi pedamenta*, *ligandi*, *faciendi figulinam*, *habendi tugurri*, *&c.* de quibus vide *Manz. tract. de servit. tit.* 3. *q.* 70. *n.* 324. *& seqq.*

§. PRÆDIORUM. I.

14 Servitutes urbanæ sunt, quæ prædiis urbanis debentur, *h. e.* quæ *habitandi*, *recreandi*, *commercia tractandi causâ* facta sunt, sive in urbe, sive extra urbem, quia non locus, sed materia, sive usus facit prædia urbana, vel rustica *d.l.* 198. *ff. de V. S.*

15 Servitutes urbanæ aliæ sunt *affirmativæ*; aliæ *negativæ*. Et per hanc *Divisionem* differunt à rusticis servitutibus, utpote quæ omnes sunt affirmativæ, & per negationem non constituuntur, *Schneid. n.* 2. *Frank num.* 3.

Affirmativæ sunt, quæ eò tendunt, ut teneatur vicinus aliquid pati, vel sustinere, *v. g. oneris ferendi*, *tigni immittendi*, *altius tollendi*, *stillicidii avertendi &c.*

Negativæ sunt, quæ eò collimant, ut vicinus, prohibeatur aliquid facere, vel cogatur aliquid omittere contra naturalem libertatem ædium suarum. *Manz. n.* 6.

16 Prima Servitus urbana est servitus *oneris ferendi*; quæ dicitur esse Jus, *vi cujus vicinus noster tenetur pati, ut paries, vel columna in area ipsius posita onus ædium nostrarum sustineat.* Germanicè: *eine Deinstbarkeit, vermög dero einer befuget ist, auf, order an seine eigene Mauer seinem nächsten Nachbarn. zu bauen N. Oe. Satz und Ordnung. loc. cit.* §. 1.

Ista servitus hoc habet speciale, quòd dominus prædii servientis teneatur *murum*, *parietem* vel *columnam*, quæ fert onus servitutis, suis propriis sumptibus reficere, & oneri ferendo idoneum reddere, si fortè collabatur, aut labem contrahat, *l.* 33. *ff. de S. P. U. Franz. num.* 5. *hic. Harp. num.* 8. *& cæteri omnes.* sumptus tamen fulturæ spectant ad illum, cui servitus oneris ferendi debetur, *l.* 8. *ff. si servit vind. Schneid. n.* 4.

II. Servitus urbana est Jus *immittendi tigni*, vulgò *das Tram-Recht.*

Definitur, quòd sit *Jus*, *vi cujus vicinus in parietem sui vicini ita trabem potest immittere, ut in utroque prædio, tam dominante, quam serviente requiescat, l.* 2. *ff. de S. P. U.*

Observa quòd licet regulariter nomine tigni, *cæmenta*, *lapides*, *tegulæ*, *calx*, *arena*, & omnis materia, ex qua fiunt ædificia, veniant, §. 29. *Inst. de R. D. & l.* 62. *ff. de V. S.* hic tamen tignum tantùm sumatur pro trabibus immissis. *Schneid. n.* 5. *Harp. num* 13.

Q. III. *Quid Juris, si non habens servitutem tigni immittendi in meum parietem, immittat trabem?* ℞. quod possim talem trabem propria authoritate tollere, & intercidere, *d. l. quemadmodum* 29. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.*

Quæ ipsa lex cùm semper allegari soleat, si quis, non habens servitutem, murum in fundo alieno fabricet, vel sepem erigat, ideò, ut illam memoriæ tenaciter imprimas, te iterum iterumque moneo. Vide *Schneid. num.* 5. *hic. Cæpoll. de serv. urban. præd. cap.* 3.

Sed *ain!* quæ est ratio specialitatis, quòd trabem, in meum parietem sine Jure servitutis immissam, propriâ authoritate tollere & intercidere possim, cùm tamen in *l. exstet.* 13. *ff. quod met. caus.* severè prohibeatur ne quis propria authoritate sibi Jus dicat. ℞. Rationem specialitatis communiter in eo poni; quia quod in meo solo ponitur, vel ædificatur, solo cedit, atque ita meum fit

§. 3. *Inst. de R. D.* Ideoque, si destruo illud, vel incido, videor destruere potiùs id, quod est meum quam quod alterius; rebus autem meis uti, vel abuti possum, *l.* 21. *Cod. Mandati.* Ita quoque ex *Harp. num.* 17. *hic.* ℞. quando nimirum ante unius anni, & quod excurrit, revolutionem pro *Actu repetitionis* ad Inclytam Facultatem Juridicam more solitò rigorosè tentabar.

20 III. Servitus est *Stillicidii*; quæ duplex *affirmativa*, & *negativa*, sive *avertendi*, & non *avertendi* stillicidii.

Servitus stillicidii advertendi est *Jus*, *vi cujus aliquis potest aquam pluvialem à suo tecto avertere, & derivare in aream, vel vicini cloacam, per quam sordes effluunt, & eluuntur. Manz. num.* 16.

Servitus stillicidii non avertendi est Jus, vi cujus vicinus stillicidium, quod cadit in meam aream, non potest avertere ad suam domum, ita, ut non cadat in meam aream. Quæ ipsa servitus quandoque esse potest perquam utilis; fac enim, *hortum esse irrigandum*, *implendam cisternam*, aut *sordes evehendas*, nunquid hoc in casu servitus memorata perquam conducit?

21 IV. Servitus urbana est *altius tollendi & altius non tollendi*

Servitus altiùs tollendi est *Jus*, *vi cujus vicinus noster non tenetur pati, ut ædes nostras altius, quam fortè de statuto civitatis obtinet, tollamus, l.* 2. *ff. de S. P. U.* Vel ista servitus eatenus etiam competere potest, ut vicinus meus teneatur vigore servitutis mihi debitæ suas ædes altius tollere.

Quæ servitus utilitate, & dignitate non minima est, tum ne impetus ventorum noceat; tum ut altitudo domûs umbram præstet ei loco, quo fortè solis radii grati non sunt. Fac enim, ædibus tuis vicinum esse mercatorem, nunquid hujus interest, habere opacas, & umbratiles tabernas? sic enim vitiosæ merces sine observatione vitii faciliùs vendi, & distrahi possunt. *Schneid. n.* 18.

Dices: ex jure naturæ cuilibet concessum est, elevare suas ædes usque ad cœlum, *l.* 14. *ff. de S. U. P. l.* 8. *Cod. de servitut. ergo* non datur servitus altiùs tollendi; hac enim opus nemo habet, si Jure naturæ quis altius potest ædificare. Mirum in modum se torquent DD. circa *Solutionem* hujus *Argumenti*, & ferè tot sunt solutiones, quot hac de re discurrentium capita.

Bachov. ad Treutl. vol. 1. *disp.* 17. *th.* 2. *lit. D.* solidè, & perquam subtiliter hac de materia discurrit, atque negat, dari servitutem altius tollendi, idque non sine magna ratione. Verùm; ne rimando hanc subtilitatem, aut ei diu inhærendo tibi vel difficilis, vel tædiosus fiam, (non enim omnes sunt amantes subtilitatum) ideò

℞. ad argumentum *dist. ant.* Ex Jure naturæ cuilibet concessum est, elevare ædes suas usque ad cælum, nisi statuto civitatis, vel consuetudine loci aliud introductum sit, *con. ant.* secùs *neg. ant. & conseq.* Nunquid potuit in civitate statuto n fieri vel consuetudine introduci, ut certam altitudinem, invitò vicino tuò, ædificando excedere nequeas? Hoc in casu utique tibi opus est servitute altiùs tollendi, si altiùs, quàm de statuto civitatis permissum est, elevandi ædes volupe sit. Deinde fac, contra te præscriptum esse, ne altiùs tollas ædes tuas. Nunquid hoc in casu opes habes servitute altiùs tolendi, si elevare æ les velis? Ita ℞. *Vinn. Inst. hic. n.* 6. *Harp. n.* 32. *Gail. lib.* 2. *obs.* 69. *Cblingen. p. q.* 10 *obj.* 1. *Manz. tract. de servit. tit.* 2. *q.* 22. *n.* 92. *Wensenb. in paratit. de S. P. U. n.* 3. *Hunn. var. resol. lib.* 2. *tract.* 2. *q.* 8.

Urges:

Urges; Si de statuto civitatis, vel consuetudine certa ædificandi forma præscripta est: quomodò poterit deinde vicinus meus per actum vel conventionem constituere servitutem altius tollendi, cùm tamen per privatorum pacta Juri publico derogari nequeat, *l. 28. ff. de pact.* ℞. tale statutum, vel consuetudinem, vigore cujus invitò vicinò suò, non est permissum certam altitudinem ædificando excedere, non censeri primariò, & principaliter in favorem, & utilitatem publicam introductam, sed duntaxat secundariò, & primariò in utilitatem privatorum. Jam verò *d. l. 38.* intelligenda est de casu, quo primario & principaliter rotatur publicus favor.

Servitus *altiùs non tollendi* est *Jus, vi cujus vicinus noster ædes suas in commodum prædii nostri tenetur habere depressas, text. hic. & in l. 2. ff. de S. P. U.*

22 V. Servitus urbana est, *ne luminibus officiatur*, germ. *dasz man einen nicht darff das Liecht oder Fenster verbauen. Definitur*, quod sit *Jus, vi cujus vicinus noster nihil potest facere per quod lumen ædium nostrarum diminuatur, l. 4. ff. de S. P. U.*

23 Q. IV. An ergò vicinus meus ædificando lumina, & fenestras meas obscurare possit, si mihi non competat servitus ne luminibus officiatur? ℞. posse ita diserrè docet *l. 9. ff. de S. P. U.* his verbis: *cum eo, qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non serviat, nulla competit actio.* Accedit *l. 24. §. ult. ff. de damno infecto.* ubi sancitur; cuilibet in suo ædificare permissum esse, tametsi alteri noceat. Unde sequitur, me meo vicino prohibere non posse, quò minùs adversus mea lumina ædificet, nisi servitus, ne luminibus, officiatur, mihi competat. *Manz. 36. Cæpolla de S. P. U. cap. 62. n. 5. Brunnem. in d. l. 9.*

Limitatur tamen *d. l. 9.* notanter in casu, quo quis ex invidia, vel æmulationis gratiâ alteri vellet obscurare lumina, ut tunc non procedat. *Mascard. de probat. conclus. 261. n. 17. Gail. lib. 2. obs. 69. n. 14. Brun. d. lo.*

Dices: Servitus, altiùs non tollendi, & servitus, ne luminibus officiatur, inter se non differunt, quia utraque eò tendit, ne obscurentur lumina; *ergo* non est necesse, ut nova species constituatur ℞. *neg. ant. & conseq.* Servitus enim ne luminibus officiatur, plus habet utilitatis quàm servitus, altiùs non tollendi; hanc enim qui debet, tantùm obstringitur, altiùs ædificando non nocere lumini: adeòque lumen, ponendo arbores, vel viridaria, obscurare non prohibetur, *l. 12. ff. de S. P. U* Illam verò qui debet, neque arborem, neque viridaria ponere potest, ut luminibus officiat. *Harp. n. 36. Frantzkius. n. 16. Hun. var. resol. lib. 2. tract. 2. q. 4. Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. n. 17.*

VI. Est servitus *luminum*, germ. *das Liecht-Recht.* quæ est *Jus, vi cujus vicinus noster tenetur pati, ut per fenestram, in suo pariete apertam, lumen delabatur in ædes nostras, l. 16 ff. de S. P. U.* Dixi *in suo* i. e. vicini. Sed. 24

Q. V. *An ego, circa Jus constitutæ servitutis, possim in meo pariete aperire fenestram, perquam in alienam prospiciam?* ℞. regulariter, ita tamen, ut vicissim vicinus meus, altiùs ædificando, vel aliò modo fenestram obscurare possit. Ita *Hunn. ad Treutl. vol. 1. disp. 17. q. 9. Bach. ibid. th. 3. lit. A. Zoës. ff. de S. P. U. Chlingensp. q. 11. hic. Schamb. Inst. hic. Manz. tract. de Servitut. tit. 2. q. 64. n. 9.* 25

Prob. per *l. 8. §. Aristo. 5. ff. si servit. vid.* ubi cuilibet licet in suo facere, quod ipsi libet dummodò nihil immittat in alterius ædes: atqui aperiens fenestram in suo pariete in alienum nihil immittit,

licèt enim prospiciat in alienum, oculos tamen domi & in capite retinet; *ergo &c.*

Dixi *regulariter*, sicuti enim supra q. 4. *conclusimus*, quòd æmulationis gratiâ alteri nemo possit obscurare lumina; ita etiam hic ponenda est limitatio, nimirum ista, quòd æmulationis causâ fenestram in suò pariete aperire non liceat. Ita *Gail. loc. cit. n.* 17. *Mascard. d. lo. Chling. loc. cit. & omnes supra allegati;* confer & *Finsterwald. lib.* 3. *obs.* 52.

26 Aſt *ais*? quid est, æmulationis gratia lumina ædificando obscurare vel fenestram in suo pariete aperire?

Pulchrè id explicat *Gail. loc. cit. n.* 18. *Mascard. n.* 11. ubi varios in hujus rei explicationem casus adducunt. Mihi videtur tunc vel maximè ad æmulationem quid fieri, si quis ædificet ideò tantùm, ut in domum alterius possit prospicere, & fortè Monachas, haud procul habitantes, in conspectu habere, nihil inde aliud laturus lucri, quàm ut alteri molestus sit. *Gaill. d. lo. n.* 26. Huc pro dilucidatione facit Responsum. *Scabin. Lips.* quod allegat *Brunem in l.* 9. *ff. de S. P. U.* dasz ihr nicht Fug habt. &c. i. e. *quod jure non agis, cum vicino lumina facere volenti obstas; nisi is alioqui ædes illuminare sufficienter queat, idque operis suscipiat magis creandæ tibi molestiæ causa quàm ex necessitate.*

§. Ideo Autem. 3.

27 Postquàm *Imperator* præcipuas Servitutum, tam rusticarum, quam urbanarum species retulit, nunc in *præsenti* § rationem reddit, quare has servitutes prædiorum appellet, atque ideò, quoniam nemo potest acquirere servitutem, habere potest, nisi pariter prædium habeat; prædia enim sunt subjecta servitutum, & servitutes sunt quasi adjuncta prædiorum, atqui adjunctum non potest subsistere sine suo subjecto, *l.* 126. §. 1. *& l.* 178. *ff. de R. J. Harp. hic. n.* 2. *Manz. n.* 1. *Perez. Inst. hic.*

Non obstat *l.* 23. *ff. de S. U. P.* ubi futuro ædificio servitus imponi potest nam tunc non *realiter*, sed tantùm in *spe*, & velut sub *conditione* imponitur, si ædificium extructum fuerit interim Jure servitutis manente in suspenso. Deinde talis servitus potest fundari in ipsa area, atque hinc non est absque omni subjecto. *Vinn. Inst. & à Sommeting. n.* 11. Ex dictis

Colliges, ad hoc, ut quis servitutem constituere possit, requiri, ut prædium habeat, *h. e.* prædii dominus sit, *text. hic. & in l.* 1. §. *junctâ l.* 6. *ff. commun. præd.* Unde ex defectu hujus conditionis servitutem non potest imponere I. Maritus in re dotali, *l.* 5. *ff. de fund. dotal.* his verbis: *Julianus scripsit, neque servitutes, fundo debitas, posse maritum amittere, neque ei alias imponere.* II. Tutor, vel curator fundo pupillari sine decreto, *l.* 3. §. 5. *ff. de reb. eor. qui sub tut. sunt.* III. Prælatus Ecclesiæ fundo Ecclesiastico, *l. Jubemus. Cod. de SS. Eccles. Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. num.* 45.

Q. VI. *An Vasallus fundo feudali, vel emphyteuta fundo emphyteutico possit servitutem imponere?* ℞. regulariter posse, quia loco dominorum habentur, & domini appellantur, *l.* 12. *Cod. de fund. patrim.* Ita tamen, ut talis servitus non fiat perpetua, sed, extinctò Jure vasalli, vel emphyteutæ exspiret; resolutó enim Jure dantis resolvitur & Jus accipientis, *l.* 31. *ff. de pignor.* 2. *feud. tit.* 8. ℣. *quid ergò Harp. n.* 28. *Manz. tract. de servit. tit.* 1. *q.* 13. *n.* 176. *Schneid. Inst. n.* 3. *Rosenthal. de feud. cap.* 9. *conclus.* 13. 28

Aliter

Aliter se res habet, cum vasallus, vel Emphyteuta servitutem acquisierit; illa enim resoluto Jure auctoris non perit, quia meliorem conditionem feudi, vel emphyteusis facere licet. *Manz. loc. cit. num.* 178. *Schneid. num.* 5.

§. Si Quis Fin.

29 Q. In hoc §. *quibus modis constituantur, & acquirantur servitutes*? & R. eas constitui *duobus modis*, puta, *actu inter vivos*, *& ultima voluntate.*

Actu inter vivos constituuntur servitutes, v.g. per *Pactiones*, & *Conventiones*, h. e. per contractus, puta, *stipulationis*, *emptionis*, *venditionis*, *permutationis*, *donationis*, *&c.* Ubi tamen subtiliter observandum, ipsam promissionem servitutis separandam esse à constitutione ejusdem; nam promissio servitutis nihil aliud operatur, nisi Jus ad rem, seu obligationem personalem, ex qua promittens conveniri potest, ne servitutem constituat, *arg. l.* 3. *ff. de O. & A. & l.* 20. *Cod. de pact.*

Ipsa autem constitutio servitutis non aliter fit, quàm secuta traditione; quæ traditio aliter fit in servitute *affirmativa*, aliter in servitute *negativa*.

In servitute affirmativa vicem quasi traditionis sustinet usus unius, & patientia alterius, *l. ult. ff. de servit.* Itaque, si ex stipulatu tibi adspondi servitutem itineris, & tu per fundum meum actu eas, illudque ego patiar, dicitur Jus servitutis tibi quasi traditum esse.

In servitute negativa locum traditionis occupat omissio actus quem alioquin in re nostra exercere possumus, v. g. placuit inter nos, ne in gratiam præ lii tui altius ædes meas tollerem, non sustuli, hæc omissio vicem traditionis sustinet, ac Jus servitutis operatur. *Franz. Inst. hic. n.* 32. *Vinn. n.* 2. *Harp. n.* 2. *Chlingensp.* 1. 13.

Ultima voluntate constituitur servitus, v. g. per *legatum*, per *donationem mortis causa*, per *fidei commissum*; non enim *dubitandum* est, qui testator hæredem suum damnare possit, *ne tollat altius ædes suas*, *ne luminibus officiat*, vel *ut patiatur vicinum in suum parietem tignum immittere*, vel per *fundum suum ire*, *agere*, *aquam ducere*, *&c.* Ratio est quia, quod alicui licet inter vivos, multò magis licet in ultimis voluntatibus, *arg.* §. *n.* 12. *Inst. de leg. fus. can. toll. Manz. num.* 12.

Et quidem si per actum ultimæ voluntatis constituatur servitus, non opus est quasi traditione; illa enim transit ipso Jure, ita, ut legatarius statim actione reali experiri possit. *l.* 8. *ff. de legat.* 2. *Bichov. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 16. *th.* 3. *lit. A & vol.* 2. *disp.* 13. *th.* 1. *lit. D.*

Præter recensitos modos constituendi, & acquirendi servitutes occurrunt adhuc varii, puta, *præscriptio*, *adjudicatio*, *consuetudo*, &

Præscriptionem quod attinet, circa illam Jus vetus secernendum est à Jure novo. Jure veteri servitutes tanquam incapaces veræ possessionis, usu capi non poterant *l.* 14. *ff. de servit. l.* 43. §. 1. *ff. de A. R. D.* Jure autem novo servitutes sicuti res corporales, præscriptionem admittunt, & quidem inter præsentes decennio, inter absentes vero vicennio. *l. ult. Cod. de præscript. long. temp. Vinn. lib.* 1. *select. quæst. cap.* 31. *Harp. n.* 7. *Schneid. n.* 5. *Schamb. hic.* 30

Dices: Jura incorporalia nonnisi triginta annorum spatio præscribuntur, *l.* 3. *Cod. de præscript.* 30. *vel.* 40. *ann.* sed virtutes sunt Jura incorporalia, *d. l. ult.* ergo. R. a constitutione *d. l.* 3. exceptionem dari in servitutibus; hæ enim non considerantur, ut reliqua Jura incorporalia, sed, ut accessio, & pars rei immo-

immobilis, cujus naturam sequuntur; sicuti ergò res immobiles longò tempore, puta, *decennio inter absentes*, præscribuntur, ita quoque servitutes. *Harp. loc. cit.*

De Jure Austriaco circa constituendas, & acquirendas servitutes res ita se habet: *Beyderley Dienstbarkeiten* &c. i. e. *Utriusque generis servitutes possunt testamento aliave quavis ultima voluntate, pactove inter vivos, uti placuerit constitui; possunt utique præscriptione* 32. *annorum acquiri. Sicuti autem id singulis locis ex usu veterique consuetudine obtinuit, ita & in posterum servetur.*

TITULUS IV.

DE USU-FRUCTU.

SUMMARIA.

1 *Servitutes personales aliæ sunt nominatæ aliæ innominatæ.*
2 *Quid sit Usus fructus?*
3 *Usus - fructus alius est formalis alius causalis.*
4 *Item alius legalis alius non legalis.*
5 *Denique alius proprius, alius improprius.*
6 *Quomodo constituitur Usus - fructus?*
7 *Item in quibus rebus?*
8 *An in rebus fungibilibus?*
9 *An quasi Usus - fructus pacto constitui possit?*
10 *Quomodo quasi Usus fructus à mutuo differat?*
11 *An vestimentorum sit verus vel quasi Usus - fructus?*
12 *Qualis cautio præstetur in vero?*
13 *Et qualis in quasi Usu - fructu?*
14 *Item, an sit de substantia Veri?*
15 *Vel quasi Usus - fruct?*
16 *Quomodò expiret Usus fructus?*
17 *Quamdiu duret Usus - fructus Ecclesiæ relictus?*
18 *An pater, ingrediens monasterium, amittat Usum - fructum?*
19 *Non utendo quomodò amittatur Usus-fructus?*
20 *An domo destructâ Usus - fructus in area conservetur?*
21 *An Usus - fructus possit extraneo cedi?*
22 *Item, an extraneo cedendo, amittatur?*

Dictum est de servitutibus *realibus*. Sequitur rectâ methodô de *personalibus*; puta, de *Ususfructu*, *Usu*, & *Habitatione*.

Dividuntur servitutes personales in *nominatas* & *innominatas*. Nominatas appello, quæ certum à Jure nomen habent, v. g. Usus - fructus, usus, & habitatio. Innominatas voco, quæ utilitatem personæ proximè quidem respiciunt, non tamen certum nomen habent. Sic quælibet ferè servitus realis in personalem mutari potest. Ut ecce! suapte naturâ servitus itineris est realis. Quod si mihi soli sine respectu ad utilitatem prædii Jus eundi per fundum tuum concedas, degenerat in servitutem realem. Item aquæ ductus est servitus realis, & tamen migrare potest in speciem servitutis personalis, si præcisè constituatur recreationis causâ, *l.* 37. *ff. de S. P. R.* Ita *Clariss. D. D Franz. hic. Vinn. in princ. Lauterbach. Colleg. ff. lib.* 7. *tit.* 1. §. 5.

Ad

AD PRINCIP.

2 *Definitur* Usus - fructus, quòd sit *Jus utendi fruendi alienâ re, salvâ manente ejus substantiâ. text. hic.* & in *l. 2. ff. eod.*

Dicitur I. *Jus, h. e.* facultas, & potestas re in usumfructum data utendi, & fruendi, *Manz. num 2. Harp. num. 5. Mynf. num. 2.*

Dicitur II. *Utendi,* per quam particulam differt usus - fructus à Jure *Pignoris*; hòc enim uti citra crimen furti non licet, §. 1. *Inst. de oblig. ex delict. Mynsin. loc. cit. Scneid. num. 7. Perez hic.*

Dicitur III. *Fruendi.* Quæ vox secernit usum - fructum ab usu, qui enim usum habet, uti solummodò, non frui potest, *h. e.* usuarius ex re in usum concessa tantum duntaxat percipere potest, quantum necesse habet ad quotidianam sustentationem. Contrà vero fructuarius omnes penitus fructus, omnes reditus, omnesque proventus percipere potest, quos res in usumfructum data progenerat, *l. 7. ff. h. t.* latius proinde patet usus - fructus, quàm usus, prout latiùs DEO volente, *Tit. seq.* videbimus.

Dicitur IV. *Rebus alienis*, res enim propria nemini servit. *l. 3. ff. si ususf. petat.* & per istas particulas differt ususfructus formalis à causali, de quo paulò post differemus.

Dicitur V. *Salvâ manente ejus substantiâ* his verbis duo præcipuè ostenduntur. I. Versatur circa officium usu- fructuarii, quod videlicet re fructuariâ ita uti frui debeat ne proprietatem deteriorem reddat, *l. 9. §. 2. l. 13. l. 65. ff. h. t.* II. Est quòd ususfructus in iis rebus propriè & verè constituatur, quæ usu non absumuntur; tales sunt *fundi*, *ædes*, *jumenta*, *servi*. Ususfructus enim est Jus in corpore, quo sublatò, & ipsum tolli necesse est *text. hic. Harp. num. 34. Manz. num. 9. Schamb. hic.*

Dividitur I. Usus-fructus in *Causalem* 3 & *formalem*. Causalis est qui conjunctus est cum causâ sive proprietate rei. Talem usum fructum quilibet dominus habere dicitur, & de hoc nobis sermo non est. Formalis est, qui à proprietate separatus est, ita, ut apud unum sit proprietas, apud alterum verò ususfructus. *Chlingensp. Inst. h. t. q. 3. Harp. n. 22.* & de hoc nos loquimur; isque

Dividitur II. In *legalem* & *non legalem*. 4 Legalis est, quem ipsa lex proximè constituit; sic constituit lex patri usum-fructum in bonis adventitiis filiifam. *l. 6. Cod. de bon. quæ liber.*

Non legalis est vel *judicialis*, vel *conventionalis*. Ille est, quem Judex in judiciis divisoriis constituit, v. g. *familiæ herciscundæ*, *communi dividundo*; si enim res commodam divisionem non recipiat, solet Judex uni proprietatem, alteri usum - fructum assignare, atque decernere *l. 6. ff. h. t.*

Conventionalis est, qui constituitur facto hominis, vel per actum inter vivos, v. g. *stipulationem*, *emptionem venditionem*, *donationem*, &c. Vel per actum ultimæ voluntatis, ut *in testamento*, vel *codicillo*, expresè legando usumfructum, retentâ hæredi proprietate. *Schneid. n. 2. & 3. Franz. Inst. hic. n. 2.*

Dividitur III. Usus- fructus in *proprium* & *improprium*. Proprius est, qui constituitur in rebus, quæ post usum salvæ 5 manent, v. g. *domo*, *fundò*, *jumentò*. Improprius, vel quasi usus - fructus est, qui constituitur in rebus, quæ usu absumûtur, v. g. *vinò*, *oleò*, *frumentò*. *Harp. n. 24.*

§. USUS-FRUCTUS, I.

Q. hic, *quibus modis constituatur ususfructus*? 6 ℞. *Imperator*, id pluribus modis

dis accidere I. *Per ultimam voluntatem*, si nimirum testator hæredi suo relinquat proprietatem, & extraneo leget usum-fructum, *text. hic.* & *l. 3. ff. h.* II. *Per actum inter vivos*, i. e. per *actiones, stipulationes. text. hic* III. *Per legem*, sic lex de facto patri in bonis adventitiis filii-fam. usum - fructum attribuit *l. 6. Cod. de bon. quæ lib.* IV. *Per judicem*, quando Judex in Judiciis divisoriis uni usum-fructum alteri proprietatem adjudicat *l. 6. §. 1. ff. h. t.* V. *per longi temporis præscriptionem* puta, decennio inter præsentes, vicennio vero inter absentes, *l. fin. Cod. de præscript. long. temp.* ita tamen ut cum persona præscribentis extinguatur; in perpetum enim usus fructus constitui non potest, ne proprietas reddatur inutilis. *Schneid. n. 5. De Jure Austriaco* in servitutibus præscribendis requiruntur 32. anni *N. O. ft. Lands-Ordnung. de Jurib. incor* § 3.

Wie auch i. e. *Uti etiam legitima 32. annorum præscriptione*, & §. 14. his verbis, *Vel etiam uti usu longo & pacifico 32. annorum obtinuit.* Concordat *Nov. Austr. Lands tafel*, 32. his verbis: *quod autem alia jura veluti servitutes, jus venationis &c. attinet: volumus juxta veterem consuetudinem usumque regionis, has species singulas omnesque una lege contineri; quâ statuitur, a Subdito cùm Ecclesiastico tùm seculari, qui talia jura oppugnare volet, id intra annos 32. fieri oportere, atque jus prætensum legitimo tempore esse prosequendum.*

AD VERS. NE TAMEN

Cùm valdè ridiculum foret, aliquem appellari dominum alicujus rei, alium verò illâ re uti frui, omnèmque inde percipere utilitatem, & sic proprietarem inutilem fieri, ideò imperator certos modos constituit, quibus modis extinguatur usus - fructus, qua de re §. 3. *h. t.*

§. CONSTITUITUR 2.

Q. In hoc §. *in quibus rebus constituitur usus-fructus?*

7 Ut rem benè resolvas, pro regula tene, usum-fructum posse constitui in omnis generis rebus, quarum natura fruitioni est accommodata; sive sint immobiles, ut *fundi, agri*, &c. sive mobiles, ut *servi, jumenta, statuæ, imagines, numismata, &c. text. hic. Clariss. D. D. Franz. n. 11. Harp. n. 1. Vinn. num. 1.* Sive corporales, sive incorporales. *Schneid. num. 1.* Ratio non est alia, quam quòd ex omnibus istis rebus possit percipi aliqua utilitas, & commoditas. *Mynsing. & Manz. hic.*

8 *Excipiuntur à Regula* res illæ, quæ usus consumuntur, ùt sunt res *fungibiles*, quæ *pondere, numero*, vel *mensura* constant, v. g. *vinum, oleum, frumentum &c.* Ratio genuina est, quia natura ususfructus est, ut quis ita utatur fruatur, ut salva maneat rei, & corporis substantia, *prin. h. t. & l. usu - fruct. quemadm. cav.* atqui rebus fungibilibus ita uti frui non possumus, cùm earum usus omnis in abusu consistat, & nulla inde haberi possit utilitas, nisi absumantur, *ergò &c. Mynsing. n. 3. Vinn. loc. ci.. Harp. n. 3.* Ratio alia est hæc, quia rei propriæ nulla datur servitus *l. 5. ff si usufr. petat.* Sed, qui res illas fungibiles accipit utendas fruendas, fit earum dominus, & proprietas transit in fructuarium, *l. 7. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu absum.* ergò servitus in iis non potest constitui. *Manz. num. 5. hic. Wesenb. num. 5.*

Dicta procedunt de vero ususfructu, ita ut verus usus- fructus in rebus fungibilibus constitui nequeat; secus est de quasi, sive improprio usu fructu, talis enim utilitatis causâ (ùt ait *textus*) etiam in rebus fungibilibus constitui potest, ta-

tametsi talis usus potius abusus dici possit. *Schueid.n.4.* Sed *ais*, in quo consistit memorata utilitas?

℞. In eo consistere, ut voluntates hominum sortiantur exitum, *l. 5. Cod. de SS. Eccles. Harp. n. 5.* & alias in jure propter utilitatem multa contra strictas Juris regulas introducta sunt, *l. 51. ad Leg. Aquil. l. 1. Cod. de acq. & retinend. poss. Franz. Inst. h. t. p. 2. n. 2.*

9 Q. I. *An quasi usu-fructus etiam pacto, & contractu constitui possit?*

Sunt, qui quasi usum-fructum non nisi per actum ultimæ voluntatis constitui posse, autument.

I. Quia *Imperator hic* de eo duntaxat casu agit, quo quasi-usus-fructus testamento constitutus est.

II. Quia alias nulla esset inter mutuum, & quasi usum fructum differentia, atque adeo perperam confunderentur.

Verum *contraria Opinio* verisimilior est, eamque propugnant *Arumæ. exercit. 5. lib. 17. Fach. 2. cont. 11. Vin. Inst. hic. n. 3. Harp. n. 7.*

Ratio, quia quasi usus fructus ad similitudinem veri usus-fructus constituitur, §. 2. *Inst.h.t.* atqui verus usus-fructus constituitur pacto, & stipulatione, §. 1. *eod.* ergo, &c. *Accedit*, quod commoda differentiæ ratio reddi non possit, quo minus in quasi, quam vero usu fructu stipulationes admittantur.

Ad I. ℞. idcirco *Imperatorem* de legato quasi-usu fructu loqui, quia ab experientia constat, usum fructum plerumque in testamento constitui.

10 II. Ex ostensione differentiæ inter mutuum, & quasi usum-fructum de seipso ruit. Nam I. in mutuo reddenda res ejusdem generis, & bonitatis, *l. 2. l. 3. ff. de R. C.* In quasi-usu-fructu vel res ejusdem generis, vel ejus æstimatio §. 2. *Inst. h. t.* II. in mutuum non veniunt, nisi res fungibiles, *d. l. 2. §. 1.* In quasi-usum fructum etiam res aliæ, puta, vestes, *d. §. 2.* III. Mutuum quovis tempore repeti potest, rei vero fructuariæ æstimatio non, nisi fructuario mortuo, aut capite diminuto. *Haunold. de J. & J. tom. 1. tit. 3. cap. 2. cont. 2. §. 6. n. 131. Menoch. de arbitr. Jud. l. 2. cent. 1. cas. 22. num. 4. Clariss. D. D. Franz. loc. cit n. 5.*

Q. II. *An usus-fructus vestimentorum sit verus, vel quasi talis?* Vehementer variant hac in re D. D. Sunt, qui statuunt; verum usum-fructum in vestimentis constitui. Ita *Zoes. ff. de usu-fruct. ear. rer. quæ usu absum. n. 3. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 16. lit. A.* 11

Moventur I. per *l. 15. § 5. ff. de usufr.* ubi is, cui usus fructus vestimentorum legatus est, ita debet uti, ne abutatur; *ergò* signum est, quod sit verus usus fructus; in quasi enim usu-fructu licet abuti.

Moventur II. per *l. 9. § 3. ff. usu fructuar. quemadmod. cav.* ubi vestis post usum-fructum dicitur reddenda esse; *ergò*, non est quasi-usus-fructus utpote in quo res per usum absumitur.

Sunt alii, qui docent, in vestibus constitui quasi usum fructum, ita *Hunn. ad Treutl. loc. cit. & var. resolut. lib. 2. tract. 2. q. 24. Fach. lib. 8. cont. 41.*

Producunt pro se hunc nostrum §. 1. ubi inter illas res, in quibus quasi usufructus constitui dicitur, recensentur etiam *Vestimenta*.

Alii *distinguunt* inter *vestes quotidianas*, & *vestes scenicas, nuptiales, lugubres, &c.* quarum perrarus est usus. In illis quasi, in his verum usum fructum constitui opinantur, ex ratione, quod vestes scenicæ, nuptiales, & lugubres tempore potius, quam usu absumantur; sicuti *ergo* in navi verus usus-fructus ideo constitui dicitur, quia tempore potius, quam usu consu-

consûmitur, *l.* 12. §. 1. *h. t.* Ita etiam dicendum in vestibus scenicis, &c. ideo constitui verum usum-fructum, quia talis ob perrarum usum tempore pòtius, quàm usu absumuntur. Huic *Sententiæ* adstipulantur *Harp. prin. Inst. h. t. num.* 26. *Frantzk. p.* 2. *Inst. h. t. n.* 4. Cui & *ego* lubenter *subscribo*; nolim tamen, de me falsum judicium feras, atque tibi persuadeas, non etiam placere doctrinam *Vinnii*, hac de re solidè discurrentis, quem vide *Inst. hic.*

Sed, quid refert, verus, an quasi-usus-fructus sit? Hoc refert I. quod in quasi usu-fructu proprietas transeat in fructuarium, *l.* 7. *ff. h. t.* II. Quòd verus usus-fructus non utendo amittatur; non etiam quasi talis; *ratio*, quia in quasi-usu-fructu transfertur dominium in fructuarium, qui proinde pro libero arbitrio eodem uti potest.

Porrò, cum *Imperator* proprietario, ut de proprietate securus sit, caveri velit, ideo sistamus gressum, & inquiramus in naturam hujus cautionis; quæ ipsa cautio aliter fit in vero, aliter in quasi usu-fructu.

12 In vero usu-fructu duo capita continet. Id est, ut usu-fructuarius caveat, se usurum pro boni viri arbitrio, h.e. non deteriorem se facturum rem in usum-fructum concessam, sed ita usurum, ac si propria foret.

II. Est, ut caveat, se finitò usu-fructu proprietatem restituturum. *l.* 2. *ff. usu-fruct. quemadmod. cav. Brunnem. ibid. Harp. num.* 11. *Schneid. num.* 8. *Chlingensperg. Inst. h. t. q.* 8.

13 In quasi-usu-fructu ista cautio unum duntaxat caput continet, nimirum se finito usu-fructu non eadem quidem corpora, quæ accepit, sed tantundem, aut æstimationem eorum restituturum, *d. l.* 1. & *l.* 4. *Cod. de usu-fruct.* item 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu absum. Gl. ttle p.* 2. *sel. quæst.* 26. *num.* 1. *Harp. Schneid. loc. cit. Zoës. ff. usu-fructuar. quemad. cav. n.* 1. Ratio autem, quòd, in quasi usu-fructu una duntaxat cautio præstetur, est, quia in quasi usu-fructu transfertur dominium, adeòque pro arbitrio de re, in quasi-usum-fructum concessâ, disponere potest; quilibet enim est rerum suarum moderator, & arbiter, *l.* 21. *Cod. Mandati.*

Q. III. *An ista cautio sit de substantia veri & proprii usu-fructus; ita ut, si illa præstita non sit, usus-fructus non censeatur constitutus, nec usu-fructuarius fructus suos faciat?* 14

℞. I. Indubitatum esse, quòd fructuarius ad petitionem proprietarii necessariò debeat istam cautionem præstare; aliàs sin illam non præstiterit, fructus non facit suos, & frustra agit ad usum-fructum constituendum. *l.* 6. *ff. ut in poss. legat. l.* 13. *ff. de usu-fr.* & *l.* 4. *Cod. eod. Brunnem in d. l.* 13. *Vinn. Inst. hic. n.* 4. *lib.* 2. *obs.* 47. *Perez. in Cod. de Usu-fr. num.* 5. *Zoes. ff. cit. loc. num.* 4.

℞. II. Communi calculo in D. D. obtinere, istam cautionem de substantia veri usus-fructus non esse, adeoque fructuarium facere fructus suos, si per eum non steterit, quò minus satis dederit, forte quod proprietarius illam non exegerit, vel conventione expressa remiserit, ita *Zoes. loc. cit. n.* 5. *Perez. loc. cit. n.* 6. *Gail. loc. cit. n.* 1.

Ratio sola, sed solida est, quia potest ab hærede remitti, *l.* 71. *ff. ad. leg. Falcid. D. D.* & *Brunnem. in l.* 1. *Cod. de Usufr.* Imo in variis casibus ab ipsa lege remittitur: sic l. pater, habens usum-fructum in bonis adventitiis sui filii, propter reverentiam paternam non præstat istam cautionem, *l. fin.* §. 4. *Cod. de bon. quæ liber.* II. Is, qui omnia sua

bona

bona donavit, & usum-fructum sibi reservavit, etiam illam non præstat, *l.* 19. §. 1. *ff. de Re judicat.* III. Fiscus quoque, si ei usus-fructus legatus sit, illam non præstat, *l.* 1. §. 18. *ff. ut legat. nomine cav.* Si itaque in istis, & pluribus aliis casibus, quos enumerat *Glettle l. cit. num.* 1. ab ipsa lege remitta- tur prædicta cautio; si præterea ab hærede potest remitti, quis est, qui eam de substantia veri usus fructus non esse, non intelligat?

15 Q. IV. *An ista cautio sit de substantia quasi usus-fructus?* ℞. Communiter obtinet, illam esse de substantia, *Gail. lib.* 2. *obs.* 45. *num.* 3. *Schneid. Inst. h. t Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 16. *th.* 5. *lit. F. Arumæ. Exercit.* 5. *th.* 20. *Hunn. lib.* 2 *var. resol. tract.* 2. *q.* 30.

Probant hanc *Opinionem.* I. quia ista cautio succedit in locum proprietatis, adeòque si remitteretur, nulla esset apud constituentem proprietas, sine qua nullus usus-fructus potest constitui.

II. Per §. 2. *Inst. hic.* in illis verbis: *ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur.*

Sed *negativa* verior est, eamque docent *Zoes. ff. usu fruct. quemad. cav. n.* 8. *Harp. num.* 18 *Perez. in Cod. h. t. n.* 9. *Vinn. Inst. hic. n.* 4. *Fach. lib.* 8. *cap.* 43. *Gomez. var. resolut. tom.* 2. *cap.* 15. *n.* 5. *S.hamb. Inst. hic.*

Probatur per *different. text. l.* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu absum.* ubi, licèt cautio non intervenerit, dicitur tamen quasi usus-fructus finitus & extinctus esse; *ergo* signum est, quòd quasi usus-fructus constiterit, quod enim nullum est, finiri, vel extingui non dicitur, *arg. l.* 116 *ff. de V. O.*

Ad I. ℞. Non cautionem in locum proprietatis succedere, sed ipsam obligationem, qua fructuarius adstrictus est, restituere tantundem, vel æstimationem. *Vinn. & Perez. loc. cit.*

Ad II. dico *d.* §. 2. loqui de necessitate præstandæ cautionis, ex hypothesi scilicet, si exigatur.

Sed *Objiat.* adhuc, *l.* 1. *Cod. de Usufr.* ubi apertè sancitur, testatorem non posse hanc cautionem remittere; *ergò* signum est quod sit de substantia.

℞. Ultrò me concedere, à testatore præfatam cautionem remitti non posse; *ergo* est de substantia quasi usus-fructus? *nego conseq.* Non *Q. hic.* an testator, sed an hæres illam cautionem possit remittere? Et *decidimus*, hæredem posse illam remittere, non verò testatorem. *Ratio*, quia ista cautio inducta est in favorem hæredis, cui favori hæres, non etiam testator in præjudicium hæredis renuntiare potest. Vide pulchrè hac de re discurrentem *Glettle part.* 2. *q.* 26 *per tot. Vinn. select. quæst. l.* 1. *q.* 29. *Zoes. loc. cit. n.* 6. *Gail. l.* 2. *obs.* 145. *Hunn. var. resol. lib.* 2. *tract.* 2. *q.* 24. *Fach. lib* 8. *cap.* 42. *Brunnem. in l.* 2. & 7. *Cod. ut in poss. legat.*

§. FINITUR 3.

Dictum *supra* §. 1. fuit, ne inutilis reddatur proprietas in universum, placuisse, ut usus-fructus certis modis *extingueretur*, & ad proprietatem reverteretur.

Extinguitur itaque l. Morte naturali 16
Text. *hic. l.* 3. §. *fin.* & *l.* 3. *Cod. de usufr.* Quoniam Jus utendi fruendi est personale, personalia autem personam non egrediuntur. Itaque ad hæredem non transit usus fructus, *l.* 3. §. *fin. ff. quib. mod usufr. amit.* Nisi id expressè inter partes conveniatur, aut à testatore expressum sit, ut usus-fructus quoque in hæredes transmittatur; quo ipso tamen casu singulariter notandum, quòd, licèt

alias in Jure nostro hæredis appellatio non tantum ad proximum hæredem, sed etiam ad ulteriores referatur, *l. 65. ff. de V. S.* Hoc tamen casu ad primum hæredem usufructuarii, non etiam ulteriores producatur usus-fructus, *l. 14. Cod. de usu-fruct.* Ratio est? ne proprietas reddatur inutilis. Ita docent *Schneid. hic. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 20. Vinn. hic. Harp. num. 5. Zoës. ff quib. mod. usus-fruct. amitt. Mantic. de conject. ult. volunt. l. 8. tit. 14. n. 21.*

17 Q. V. *Quid Juris? si Ecclesiæ, Civitati, Municipio, Universitati, vel Reipublicæ usus fructus relinquatur?* ℞. Talem usum-fructum centum annorum lapsu extingui, quia is finis vitæ longævi hominis est, *l. 56. ff. h. t. Harp. n. 6. Schneid. num. 5. Gomez loc. cit. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 16. th. 15. lit. A. Zoës. ff. loc. cit. n. 6.* Quod si civitatem ante 100. annorum revolutionem everti, aut (prout olim Carthagini à Romanis contigit) solo æquari eveniat, ususfructus quasi morte civitatis expirat, *l. 21. ff. quib. mod. ususfr. amitt. dd. AA.*

II. *Expirat* usus-fructus *morte civili*, quam inducit *maxima*, & *media capitis diminutio*, si nimirum usu-fructuarius *libertatem*, vel *civitatem* amittit, *text. hic. & l. pen. §. fin. Cod. h. t.* Ratio, quia capite minuti pro mortuis habentur, *l. 59. §. ult. ff. de condit. & demonst. Manz. n. 3. hic.*

Minima capitis diminutione, puta, *emancipatione, arrogatione*, tametsi olim usus-fructus sublatus fuerit, *l. 3. ff. quib. mod. usus-fruct. amit.* hodie tamen non tollitur, *l. pen. Cod. h. t.* Quoniam manet civis Romanus, nec habetur pro mortuo. *Manz. n. 4. Vinn. hic. n. 2. Harp. n. 10. Schneid. num. 5. Brunnem. in. d. l. pen. Zoës. ff. loc. cit. num. 15.*

8 Q. VI. *An pater monasterium ingrediens amittat usum-fructum, quem habet in bonis adventitiis filii familias?*

In utramque partem ventilata est celebris, & perquam utilis hæc *Controversia*; enim verò

Sunt non infimæ notæ AA. qui *affirmativæ* suffragentur, quibus se associat *Fach. l. 6. cap. 12.* & plures alii *d. Gomez. ad leg. Tauri 48. num. 8. allegati.*

Moventur I. (*inquiunt*) pater in bonis adventitiis filiifam. habet usum-fructum, quia eundem habet in potestate patria; *ergò* ideo admittit usum-fructum, quia per ingressum religionis tollitur patria potestas; pater enim transit in potestatem Abbatis, ut proinde alium in potestate sua habere nequeat. *arg. prin. Inst. quib. mod. Jus patr. potest. solv. & l. 21. ff. leg. Jul. de adult.*

Moventur II. quia ingrediens monasterium habetur pro mortuo, *l. 56. Cod. de Episcop. & Cleric.* ergò usus-fructus extinguitur.

Moventur III. Si in posito casu monasterium retineret usum-fructum, tunc retineret Jure cessionis, sed usus fructus cedi non potest, *§. 3. Inst. hic.* ergo monasterium non retinet usum-fructum.

Verum hæc *Argumenta* tanta non sunt, ut me in sui deditionem trahant, placet mihi *Sententia contraria*, puta! quod pater usum-fructum non amittat, sed ad monasterium transferat. Ita mecum docent *Gomez. in leg. Tauri 58. n. 8. Harp. Inst. hic. num. 15. Zoës. ff. de usu & usufruct. legato. Chlingensp. Inst. h. t. n. 16. Brunnem. in auth. ingress. Cod. de SS. Eccles.*

Ratio hujus Sententiæ evidens est, quia pater, licèt monachus factus, adhuc tamen naturaliter vivit, nec desinit esse civis Romanus, *ergo* durat usus-fructus, & defertur monasterio, juxta *auth. ingress. de SS. Eccl.* ubi ingressus monasterium bono-

bonorum capax omnia, quæ habuit; monasterio defert.

Confirmatur nostra *Sententia* hoc valido argumento: si in casu subjectæ quæstionis usus-fructus amitteretur, & ad proprietatem transiret, esset hæc ratio quia per ingressum religionis solvitur patria potestas: sed hæc ratio nihil probat; *ergò* usus-fructus non amittitur. *Min. ostend.* per *l. ult. Cod. de usufructu.* ubi non obstante, quòd patria potestas per maximam, vel mediam capitis diminutionem, vel per emancipationem solvatur, usus-fructus tamen patri non interrumpitur; *ergo* (dato, non concesso) quod per ingressum religionis solvatur patria potestas, malè tamen, & perperam infertur, usum fructum amitti.

Argumenta contraria nullo labore prosternuntur. I. Exinde ruit, quia negatur suppositum, per ingressum religionis dissociari patriam potestatem præcipue quoniam hic rotatur religionis favor; in favorabilibus autem per monachismum non solvi patriam potestatem diximus, *l. 1. tit quib. mod. Jus patr. potest. solv. qu.* 2. Deinde transeat, in nostro casu per ingressum monasterii tolli patriam potestatem, nihil tamen hoc ad rhombum facit. *d. l. ult. Cod. de usu-fruct.*

Ad II. ℞. ingressum in religionem haberi pro mortuo in aliquibus, *v. g. hæ͞u testandi*, & in iis, quæ monasterio odiosa sunt; non vero in omnibus, prout ex *cit. l.* 56. luculenter patet, ubi disertè sancitur, quod retineat Jus succedendi ab intestato, &c.

Ad III. dico, *neg. mag.* quia potiùs Jus identitatis retinet usum-fructum, cum pater & monasterium sint quodammodò una, eademque persona, prout pater, & filius una persona in Jure nostro esse dicuntur, *l. ult. Cod. de impub. & aliis substit.* Deinde quando nos dicimus, quod usus-fructus cedatur monasterio, non intelligimus illam cessionem quoad Jus (hoc enim residet apud monachum factum, & per mortem ipsius exspirat. *Gomez. loc. cit.*) sed quoad commoditatem, prout eatenus usus-fructus rectè ceditur, quemadmodum adhuc hoc in §. latius audiamus.

Dices: si pater emancipat filium suum, tunc tantummodò dimidia pars usus-fructus manet apud patrem, ergo etiam hic, quoniam videtur quasi emancipatio intervenire. *ant. patet* ex §. 2. *Inst. per quas person. cuique acquir.* R. Id speciale esse in emancipatione. Deinde *neg.* & *perneg.* in nostro casu intervenire emancipationem.

III. Amittitur usus-fructus *non utendo re fructuaria*, quod tribus modis contingit. 19

I. Si omninò non utatur & fruatur *h. e.* nec ipse, nec alius ejus nomine, *l. pen. Cod. h.t.* is enim non uti dicitur, qui nec per se; nec per alium utitur, *l.* 38. *ff. h.t.* unde, qui locat vel vendit usumfructum, puta, quoad *commoditatem*, is quoque uti-frui intelligitur, *d.l.*28. & *l.* 39. *eod.*

II. Non uti intelligitur, si non utitur per modum, & tempus, à proprietario præstitum, puta, si ædibus utatur *æstate*, quarum usus-fructus relictus est, ut *hyeme* illas inhabitaret, *text. hic.* & *l.* 10. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Ubi paria esse dicuntur, non uti, & non uti modo debito, *Manz. n.* 8. *Vinn. num.* 2. *Harp. n.* 22.

III. Non uti dicitur, si quis habens *usum-fructum* tantum utatur, putans, tantum *usum* se habere, *l.* 20. *ff. d. t. Schamb. hic. Franz. h. num.* 32. *Zoes. ff. d. t. n.* 17.

Q. VII. *Quanto tempore usus-fructus non utendo amittatur?* ℞. de Jure communi

muni *decennio* inter præsentes, *vicennio* inter absentes, *l. pen. Cod. de servitut.* ita *Glettle part. 2. selest. quæst. 25. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 36. th. 14. lit. H. Schneid. num. 7. Clariss. D. D. Franz. loc. cit. num. 34.*

Nec tenetur proprietarius monere usufructuarium ut eò utatur, adeoque ei cum mala fide præscribere potest; sicut in servitutibus rusticis contingit, *l. corruptionem 16. Cod. de usu fruct. Chlingensp. Inst. hic. quæst. 16.*

Non obstat *l. 16. §. 1. Cod. h. t.* Uti tanto temporis spatiô amitti dicitur usus-fructus, quanti temporis exceptio obstat dominium vindicanti, quod tempus est triennii, *prin. Inst. de usucap.* ℞. enim *d. l. 16. §.* loqui de re mobili, quoniam distinctio inter præsentes, & absentes ad res mobiles præscribendas nôn spectat, prout *tit. 6. hujus lib.* DEO dante audiemus.

De *Jure Austriaco* usus-fructus non videtur amitti, nisi 32. annis, prout *in tit. præced.* dictum est.

IV. Amittitur usus-fructus *rei interitu*, v. g. si ædes in usum-fructum concessæ *incendio consumptæ sint*; vel si *ex agro stagnum*, *ex vinea pratum factum sit*, *text. hic. & l. 5. §. 2. & 3. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt.* Usus-fructus enim est Jus in corpore, quo sub'ato & ipsum tolli, necesse est, *prin. h. t. & l. 2. ff. d. t. Clariss. D. D. Franz. n. 29. Harp. n. 49.* ubi *sub num.* 52. asserit, usu-fructu quadrigæ legato, illum extingui, si unus ex equis decesserit, eo quòd quadriga esse desinat, *l. 10. §. ult. ff. d. t.*

20 Q. VIII. *An domo destructâ conservetur usus-fructus in area?* Dixeris primo intuitu; quòd sic. I. Quia area est pars domus; si autem res fructuaria pro parte tantum pereat, tunc in parte residua manet usus-fructus.

II. Quia, non obstante, quòd domus pereat, pignus tamen manet in area, *l. 21. ff. de pignorat. act.* ergò etiam non obstante quòd domus pereat, usus-fructus tamen manebit in area.

Verum *negativè* decidendum per *text. hic: & ne areæ quidē usum-fructum deberi.* Idem habet, *l. 5. §. 3. ff. quib. mod. usus-fruct. amitt.* Ratio est, quia non areæ, sed ædium usus-fructus ad inhabitandum censetur relictus. *Manz. num. 96. Harp. num. 56. Mynsing. num. 11.*

Ad I. ℞. aream esse quidem partem domus, sed non talem, in qua censeatur usus-fructus constitutus.

Ad II. *nego paritat.* Ratio *differentiæ* est, quod usus fructus soleat constitui in re fructifera, qualis non est area. Contrà pignus etiam constitui potest super re sterili, & non fructifera.

Q. IX. *An reædificata domo reviviscat usus-fructus?* ℞. negativè. Quia domus reædificata est alia domus, & usus-fructus semel extinctus non amplius reviviscit. *l. 10. §. 1. ff. d. t. Surdus consil. 155. num. 5. Chlingensperg. q. 17. Vinn. n. 5. Harp. num. 52.*

Dices: si domus collapsa reædificetur, reviviscit servitus tigni immittendi, stillicidii, &c. *l. 20. §. 2. ff. de S. P. U.* ergò etiam usus fructus. ℞. *conc. ant. nego conseq.* Disparitas est, quia usus-fructus est legi invidiosus, adeòque, ne proprietas semper inutilis existat, facilius extinguntur servitutes personales, quam reales, *Harp. §. 1. Inst. de servit. n. 22.*

V. Amittitur usus-fructus *Cessione*, si nimirum usu fructuarius Jus suum domino proprietatis cedat, *text. hic. & in l. 66. ff. de Jure dot.* tunc enim proprietarius fit plenus dominus rei, atque adeò usus fructus extinguitur, res enim propria nemini servit, *l. 26. ff. de S. P. U. Manz. n. 11.*

Q.

21 Q. X. *An usus-fructus possit extraneo, h. e. alii, quam domino proprietatis cedi, vendi, donari, locari, in dotem dari?* ℞. *distinguendum* esse, an usu-fructuarius velit tantum commoditatem, & lucrum cedere, an vero ipsum Jus personale? Si prius, poterit usum fructum cedere, vendere, donare &c. qui enim per alium utitur, ipse uti intelligitur, *l.* 12. §. 2. *ff. h. t.* Si posterius, cessio erit inutilis *text. hic.* nam cedendo extraneo, nihil agitur, *l.* 65. *ff. de Jure dot.* Ratio est, quia usus-fructus est Jus personale, ossibus fructuarii ita inhærens, ut inde avelli non possit. Unde sua sponte fluit, usufructuarium, cedendo usum-fructum, facere non posse, ut cum morte cessionarii expiret. Vide *Zoes. h. t. n.* 22. *Bachov. ad Treutl. loc. cit. th.* 10. *lit. A. Hunn. ibid. Harp.* §. 1. *Inst. h. t. n.* 16. *Gomez. var. resol. tom.* 2. *cap.* 15. *n.* 17.

Q. XI. *An, si usu-fructuarius extraneo usum-fructum, etiam quoad Jus personale cesserit, amittat usum-fructum?* ℞. Negativè. *Zoes. loc. cit. n.* 26. *Harp. n.* 4. *hic. Wesenb. in parat. h. t. n.* 5. *Manz n.* 12. *Clariss. D. D. Franz. n.* 31. Dissent. *Hunn. var. resol. lib.* 2. *tract.* 2. *q.* 32. *Gomez. loc. cit. n.* 17. *Covar. var. res. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 7.

Ego *primæ Sententiæ* lubens adstipulor, tum ob *text.* §. 3. *hic.* ubi expressè dicitur, quòd *cedendo usum-fructum extraneo, nihil agatur h. e.* cessio nulla, & inutilis sit, adeoque nihil operetur. Tum quia pœnæ privationis non habent locum, nisi in casibus expressis, *Nov.* 2. *cap.* 3. Tum denique quia non præstat impedimentum, quod de Jure non sortitur effectum *c.* 52. *de R. J. in* 6. cum ergò talis cessio de Jure non subsistat, non potest præstare impedimentum.

Ob *l.* 66. *ff. de Jure dot.* ubi in hæc verba rescribitur: Etsi *extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum.* ℞. *Ly reversurum* non ita debere intelligi, ac si usus-fructus statim cessione facta reverteretur ad proprietarium, sed de tempore futuro, si videlicet usus-fructus per mortem, vel per aliam causam exspiraverit.

Urges: ineptum est dicere, facta cessione extraneo, morte fructuarii ad proprietarium redire usumfructum; hoc enim jam antè satis constat, ut id ex *d. l.* 66. primum erui non debeat. ℞. Quòd ideò ad *textum. d. l.* 66. respondeatur, morte demum fructuarii usum-fructum ad proprietarium redire; ut intelligatur, quod per cessionem, extraneo factam, nullum damnum proprietario inferatur. Alia cerussa *d. l.* 66. dealbat *Schamb. hic.*

VI. Expirat usus-fructus *consolidatione*, si nimirum usu-fructuarius rei fructuariæ proprietatem acquirat, tunc enim fit ejus plenus dominus, adeóque res propria nemini servit. *Manz. n.* 22.

§. Fin.

Effectus usus-fructus finiti est, quòd revertatur ad proprietatem, & sic ex usu-fructu formali fiat causalis. *text. hic.* & *DD.*

TITULUS

TITULUS V.

DE USU ET HABITATIONE

SUMMARIA.

1 *Quid sit usus?*
2 *Quomodo differat ab Usu fructu,*
3 *Usuarius commoditatem alteri non potest cedere.*
4 *Limitatur, si usus inutilis foret.*
5 *Qui usum ædium habet, potest unà cum conjuge, & liberis inhabitare.*
6 *Qui usum pecoris habet, an lacte, lana, aut fœtu uti possit?*
7 *Quid sit habitatio?*
8 *Quomodo ab usu & ab usu fructu differat?*

CONTINUATIO

Tres esse species *Servitutis personalis*, dictum *supra*. Postquam *unam* illarum absolvimus, nunc de *secunda & tertia* recta methodo agemus, puta, de *Usu & Habitatione*.

1 Usus nihil est aliud, quam *Jus utendi rebus alienis salva earum substantia*, ut ita ab usu-fructu non multum distet, prout in *sequentibus* videbimus.

AD PRINCIP.

Q. hic in quibus conveniat usus cum usu-fructu? ad quod responderi potest I. quòd iisdem modis constituatur usus, quibus usu-fructus. II. Quod iisdem etiam modis finiatur usus, quibus & usus-fructus III. Quod iisdem quoque in rebus constituatur, tam in immobilibus, quàm mobilibus. IV. Sicut ususfructus in rebus immobilibus propriè, fungibilibus verò impropriè constituitur; ita & usus. V. Sicuti fructuarius cavere debet de utendo secundum arbitrium boni viri, & tantundem restituendo, & usus rei, quæ usu consumitur. *i. e.* fungibilis constitutus sit. *Schneid. n. 3. & seqq.*

§. MINUS I.

Q. in hoc §. *in quo differunt usus, fructus, & usus?* R. *Imperator* in eo, quòd minus Juris sit in usu, quam in usufructu sive quòd pinguius Jus habeat usu-fructuarius, quam usuarius, habens enim usum fructum habet quoque usum; atqui nudum usum habet, Jus fruendi non habet, *l. 14. §. 1. ff. h. t.* Usufructuarius igitur potest re uti, frui, spectantque ad eum omnes fructus non tantum pro necessitate suæ personæ, & familiæ suæ, sed etiam reliqui fructus efficiuntur ipsius, ita, ut eos vendere, & alienare possit pro libitu, nec tenetur superfluos fructus domino proprietatis restituere, *lib. 7. l. 9. ff. de usufr.* Contra usuarius tantum uti potest fructibus non frui, *h. e.* non potest omnes fructus percipere, sed tantum illos, quos habet pro sua familia ad quotidianam necessitatem necessarios, reliquos domino proprietatis restituere tenetur, *text. hic.* 2

Deinde, qui usum-fructum habet, potest commoditatem, & utilitatem fructuum alteri locare, vendere, donare, &c. Usuarius verò commoditatem, & utilitatem Juris sui alteri cedere non potest, *l. 11. ff. h. t.* Ratio, quia usus tantum præstat, quantum ad victus necessitatem sufficit, ergo non potest à persona separari, quia subinde una persona plus indiget altera, ut proinde in alia persona alius usus foret. *Manz. n. 7.* 3

Limitatur, ut procedat, nisi usus omnino vanus, & inutilis foret, si commoditas 4

ditas non vendatur, aut alteri locetur; fac enim, quòd aliquis haberet usum sylvæ, quæ tam remota esset, ut tantundem provecturis impendi oporteret quã ti alias ligna emerentur, hoc in casu licet usuario cedere ligna, & vendere. Ratio, quia alias nihil utilitatis haberet ex usu. *Manz. num.* 10. & *Schneid. num.* 9. *Harp. numer.* 7.

§. ITEM IS 2.

5 Qui ædium usum habet, ipse quidem eas inhabitare, ad alium autem transferre earum usum nullo modo potest, *text. hic.* & in *l.* 8. *ff. h. t.* admittitur tamen una & conjux, & liberi, & familia, *text. hic.* & in *l.* 2. *ff. h. t.* quia eorum quorum difficilis separatio, usum habere licet, *Schamb. hic.* Hospitem recipere usuario vix licet, *ait. text. hic.* Ratio, quia personalia personam non egrediuntur. Dixi *vix*; ex æquo enim, & bono, quasi commiserationis causa, receptum est, ut hospitem, vel inquilinum recipere liceat, *l.* 2. *ff. h. t. Manz. num.* 5.

AD V. ET CONVENIENTER.

Q. *Quid si mulier usum ædium habeat, poteritne cum ea habitare maritus?*

Videtur quòd *non.* Ratio dubitandi, quia uxor sequitur virum, non contrà; & dignius trahit ad se minus dignum, non contra.

Hoc tamen non obstante, contrarium decidit *Imperator*: ratio; ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo, *l.* 4. *ff. h. t. Manz. num.* 9.

§. ITEM IS 3.

Qui usum servi, vel jumenti habet, ipse solus opera ejus uti potest, alteri concedi non potest. Quamvis nihil referat, utrum opera jumenti utatur in re sua, an vero in opere alieno quod expe-diendum conduxit, *lib.* 16. § *fin.* & *l. seqq. ff. h. t. Schamb. hic.* Planè, si alias usus nulla esset utilitas; poterit & rei usuariæ opera aliis concedi; ita enim semper interpretari debemus usum, ut aliquid prosit, *lib.* 20. *ff. h. t.* Fac ergo, quòd usum unius bovis habeas, poteris eum alteri commodare ad arandum, ut rursus tibi commodet usum. *Schamb. hic.*

§. SED ETSI. 4.

Qui usum pecoris habet, neque lacte neque lana, nec fœtu uti potest; Ratio, quia hæc in fructu sunt. 6

Dices: Quid ergò proderit ei usus pecoris? ℞. quod ad stercorandum agrum iis uti possit, *text. hic.* Planè, licèt noster §. indistinctè sanciat eum, qui usum pecoris habet, neque lana, neque fœtu uti posse. *lib.* 12. §. 2. *ff. h. t.* tamen modico lacte utendi usuario licentiam tribuit, quantum scilicet ad necessitatem opus habet, ut proinde *Textus hic* intelligendus sit, quòd non possit uti lactè, lana, &c. ad compendium, & voluntatem. *Schamb. hic.*

§. SED SI CUI. 5.

Tractatur in hoc §. tertia species servitutis personalis? nimirum *Habitatio*, quæ est *Jus habitandi in ædibus alienis, salva earum substantia.* Haud ineptè additur clausula, *salva earum substantia*; quia habitator quoque ad instar fructuarii, & usuarii cogitur satisdare, se usurum domo boni viri arbitrio, ut eam deteriorem non reddat, sarta tecta habeat, atque reficiat; habet enim habitatio magnam similitudinem cum usu, & usufructu, quam deinde allegabo; prius tamen

Observa, commoditatem domus posse legari, vel constitui alteri tribus modis. I. Reliquendo usum-fructum domus, &

Kees ad Instituta. Ii

& tunc restringitur habitatio ad naturam usus-fructus. II. Relinquendo nudum usum domus, & tunc restringitur ad naturam usus, ut scilicet is, cui sic legatus est usus domus, eam alteri locare non possit. III. Relinquendo habitationem domus, & tunc, licèt aliquid participet de usu, & usu fructu, proprium tamen Jus, & separatam naturam habet.

His præmissis, nunc declarandum, in quo *conveniant*, & differant hæ servitutes personales; ac I. quidem *convenit* habitatio cum-usu-fructu, & usu simul, quòd iisdem modis constituatur inter vivos, & in ultima voluntate. II. Habitatio non transit ad hæredes, sicut nec usu-fructus. III. Quoad cautionem de utendo arbitrio boni viri.

8 *Differt* autem ab utraque simul, quia habitatio constituitur solummodò in ædibus, usus fructus verò, & usus tam in prædiis urbanis, quàm rusticis, mobilibus, & immobilibus constituuntur.

Iterum cum usu-fructu singulariter convenit habitatio, quod commoditatem alteri locare possit. Differt autem singulariter ab usu-fructu, quòd usus-fructus morte civili, *i. e.* maxima, & media capitis diminutione, item non utendo extinguatur; habitatio verò maxima, & media capitis diminutione, & non utendo non amittitur: ratio, quia habitatio magis in facto, quàm Jure consistit, ea autem, quæ sunt facti, capitis diminutione non pereunt. *Manz. num.* 8. Ratio, quare, habitatio non utendo non amittatur, est, quia habitatio nulla intelligitur, nisi re ipsa & verè habitetur, unde, quod non est, *i. e.* non habitando non potest amitti. *Manz. numero.* 7.

Cum usu denique convenit habitatio, quòd easdem personas recipere possit, quas usuarius; sed differt ab usu, quod habitatio alteri locari possit, usus non item, *lib.* 11. *ff. h. t. Schneid. hic.*

§. Hæc de Servitutibus, Finalis.

Hæc dixisse sufficiat de rebus incorporalibus, servitutibus videlicet; hæreditates quidem, & obligationes etiam res incorporales sunt, sed de his commodius *infrà*.

Nunc quia expositum est, quibus modis Jure gentium nobis acquiratur dominium, videndum, quibus modis Jure civili acquiratur.

TITULUS VI.

DE USU CAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Casus præscriptionis.*
2 *Hodie omnis differentia inter usucapionem, & præscriptionem sublata est.*
3 *Quando dicatur: Jus præscriptum est? & quando: Juri præscriptum est?*
4 *Quid sit præscriptio?*
5 *An tribuat directum dominium?*
6 *Redduntur rationes introductæ præscriptionis.*
7 *Præscriptio procedit in utroque foro.*
8 *Solvuntur objectiones.*
9 *I. requisitum præscriptionis absolvit bona fides.*
10 *Quando debeat adesse tam de Jure civili quàm Canonico?*

Bifariàm rerum dominia nobis acquiri, testis est §. *Singulorum* 11. *Inst. de R. D.* Nimirum *Jure naturali & Jure civili.* Hucusque excussimus, quomodò Jure naturali: sequitur quomodò Jure civili rerum dominia nobis acquirantur. Et hoc fit dupliciter, puta! *universaliter & particulariter.* Universaliter, quando aliquis universitatem bonorum, non rem aliquam singularem acquirit; talis acquirendi modus est *successio ex testamento, ab intestato, bonorum possessio, acquisitio per arrogationem, & addictio bonorum* §. 6. *Inst. per quas personas cuique acquir.* Particulariter quando aliquis rem singularem acquirit; talis acquirendi modus est *usucapio, donatio, legatum, fideicommissum particulare, &c.* de quibus omnibus ordine deinceps tractabimus.

Usucapio itaque inter modos acquirendi particulares primum locum occupat, qua in materia priùs varia in antecessum

præmittenda sunt, quam ad explicationem *textus* descendamus. Pro pleniori autem subjectæ materiæ intellectu ponitur talis

CASUS.

1 Titius mihi vendidit, vel ex alia causa tradidit *v. g.* fundum quemdam, cujus non erat dominus : ego bonâ fide ab eo accepi, cùm crederem, eum dominum esse. En, hoc in casu, certum est, & indubitatum, quòd Titius per istam traditionem in me non transtulerit dominium; nemo enim dat, quod non habet, *l.* 16. *ff. de A. R. D.* Quid ergò Titius in me transtulit? possessionem tantùm, & usucapiendi conditionem, hoc transtulit in me id Juris, ut, si possessionem per tempus a lege definitum continuavero, dominium fundi acquiram. *Manz. numero* 3. & 4.

Usu-capio ab *etymologia* nominis dicta *quasi capio*, sive *acquiro per usum*, alio nomine hodie vocatur *præscriptio*.

2 Dico *hodie*; olim enim inter usu-capionem & præscriptionem magna fuit differentia, prout videre possis. *Schamb. hic.* V. *observa, Zoes. ff. h. t. n.* 2. De Jure autem novo omnis differentia ab aula recessit, ita ut vocabula præscriptionis, & usu-capionis confundantur, iisque promiscuè utamur, *l un. Cod. de Usu-cap. transformand. Vinn. n.* 2. *hic. Manz. n.* 19.

3 Illud tamen pro solidiori loquendi modo memoriâ vehementer dignum est, quòd si per præscriptionem Jus alicujus extinctum, vel peremptum sit, loquamur in dativo loqui, *v. g. obligationi, Juri, actioni &c. præscriptum est.* Si verò de acquisitione sermo sit, utamur nominativò, vel accusativo, *v. g. præscripta est servitus*, vel *præscripsi rem, Juris dictionem, agrum &c. P. Engel ad Jus Canon, h. t.* §. 1. *num.* 1.

Definitur usu-capio à *Modestino, l.* 3. *ff. h. t.* quod sit *adjectio dominii per continuationem possessionis temporis a lege definiti.* 4

Definitur I. *Adjectio dominii*, intellige; non tantùm utilis, verùm etiam directi: sive pleni, qui enim rem præscripsit, tantum Juris habet, quantum verus dominus, *l. un. Cod. si advers. vendit. l.* 8. *Cod. de præscript.* 30. vel 40. *annor.* ubi usucapiendi pro re usu capta datur rei vendicatio, quæ non competit, nisi domino, *l.* 23. *ff. de R. V. Zoes ff. h. t. n.* 3. *Harp. num.* 8. *Hunn. lib.* 2. *var. resol. tract.* 3. *quæst.* 15. *Fach. l.* 1. *cont.* 70. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *dis.* 22. *th.* 7. *lit. b. Perez. ad. Cod. de usu-cap. pro emptore num.* 2. *Schamb. prin. hic* 5

Non obstat, *l.* 11. *Cod. de præscript. long. temp.* ubi præscribendi tantùm datur exceptio; ut proinde præsupponatur adhuc, actio quæ per exceptionem elidatur. R. enim, illam legem intelligendam esse de exceptione facti, non Juris, quæ actionem præsupponeret. Exceptionem Juris illam voco quæ actionem præexistentem supponit, eamque elidit. Facti, quæ nullam actionem præexistentem supponit; adeoque, si ego à te aliquid peterem, ad quod nullam penitus habeo actionem, & tu excipiendo id negares, dicerem, quòd exceptionem facti mihi opposueris. *Schamb. hic.* & *princip. de except. Hunn.* & *Harp. loc. cit.* ubi plura contra nostram *Assertionem* argumenta resolvit, quæ ob exiguam, quâ pollent, utilitatem in medium nolui protulisse.

Dicitur II. *Per continuationem possessionis temporis à lege definiti*; requiritur enim ad præscriptionem continua, & nunquam interrupta possessio, nec non legitimum tempus; de quibus & aliis requisitis suo locô. Intereà, cùm Jura nihil sine ratione agant,

Q.

6 Q. I. quare *Jus præscriptionem introduxerit?* R. ob *triplicem causam* id contigisse, quam (velim impensè notes! I. Est, ne rerum dominia incerto versarentur *l.* 1. *ff. h. t.* constat enim alienationes, & permutationes inter homines esse frequentissimas. Jam, cùm nemo factum alterius scire possit; num tradens dominus sit, nec ne? & quandoque contingat, ut non dominus rem quamdam alteri vendat; ideò, si priori domino semper à possessore rem petere liceret, & non aliquando possessor efficeretur certus, ferè nemo securè possideret, & sic dominia rerum semper manerent in incerto. *Mynsing. num.* 14. *Schneid. num.* 10. & *Manz. num.* 10.

II. Ut importuna litium frequentium præcaveretur, & aliquando esset litium finis *l. ult. ff. pro suo.* Quis enim non videt, atque intelligit, quantæ lites, rixæ & discordiæ in reipubl. communione exorirentur, nisi lex inveniisset modum, ac rationem, qua possessori succurreretur adversùs petitorem? Sanè semper alter alteri moveret controversiam de rerum dominio nisi lex fixisset metam temporis, post cujus lapsum litem movere prohibitum sit.

III. Causa est, ut socordia civium, res, ac jura sua negligentium, castigetur, & diligentia excitetur, 2. *Cod. de annal. præscript. Zoes. ff. h. t. n.* 4. *Manz. loc. cit. num.* 6. *Harp. n.* 41. *Konig. h. t.* 48.

7 Q. II. *Procedátne Præscriptio in foro tantùm externo, an operatur etiam in foro animæ?* Communis D. D. schola docet, præscriptionem procedere in utroque foro. Ita *Lessius lib.* 2. *de J. & J. cap.* 6. *dubit.* 17. *num.* 51. *Layman. Theolog. Moral. tit.* 1. *cap.* 8. *num.* 4. *P. Sporer Tract.* 6. *in Decalog. cap.* 1. *sect.* 5. *n.* 192. *Clariss. D. D. Franz. num.* 6. *Inst. hic.* aliique innumeri.

Ratio hujus doctrinæ solida, & fundamentalis est, quia *Legislator* humanus ex virtute supremæ potestatis potest rem uni aufferre, & transferre in alterum, si ita exigat necessitas, & felicitas reipublicæ. Enim vero omnis illa potestas agnoscenda est in Legislatore humano, quæ moraliter est necessaria ad congruam & tranquillam gubernationem reipubl. cùm DEUS, & Natura non deficiant in necessariis: atqui per præscriptionem uni auferri dominium, alteri adjici, & exigit necessitas, & felicitas reipubl. prout patet ex alleg. tribus rationibus, propter quas præscriptio introducta est; *ergò &c.*

Oppon. I. Usucapio repugnat æquitati naturali, quia per illam aliquis locupletatur cum alterius jactura; atqui locupletari cum alterius jactura repugnat æquitati naturali *l.* 206. *ff. de R. J.* ergò usucapio repugnat æquitati naturali, R. *disting. min.* locupletari cum alterius jactura repugnat æquitati naturali, si illa locupletatio fiat sine justa causa, *con. min.* si fiat cum justa causa, *neg. min.* & *conseq.* Jactura, quam inducit præscriptio, non est injusta, sed justissima, utpote causis subnixa justissimis. Deinde, licet fortè præscriptio, respectu privatæ utilitatis, videatur esse iniqua, æqua tamen sit, respectu utilitatis publicæ, quæ utique privatæ præferenda, nam quotiescunque concurrunt duæ rationes naturales, illa prævalet, quæ fundamento majori nititur, prout *l.* 1. *tit.* 2. diximus; atqui publica utilitas, quam respicit usucapio, *l.* 1. *ff. h.t.* utique majori nititur fundamento; Ergò. *Clariss. D. P. Konig. ad Decret. h. t. n.* 4. 8

Oppon. II. præscriptio est impium præsidium, *Nov.* 9. ergò sapit iniquitatem *d. Nov.* intelligendum esse de præscriptione, quæ currit cum mala fide, prout

ex illis verbis *iniquis hominibus*, patet. *Manz. num.* 104. *Harp. num.* 52. *Franz. num.* 2.

Oppon. III. Quod nostrum est, sine facto, & consensu nostro in alium transferri non potest, *l.* 11. *ff. de R. J.* ✠.*d.l.* 11. non procedere, si justa causa aliud suadeat, lex enim potest alicui adimere rei dominium, tametsi dominus non consentiat, sic propter delictum bona confiscat, *l.* 1. *ff. de bon. damnat. Manz. num.* 101.

Visô quid sit præscriptio, sequitur, quid ad illam requiratur. Nempe,

> *Bona fides, justus titulus, res non vitiosa,*
> *Ut res tradatur, tempus quoque continuetur*

I. Itaq; ad præscriptionem requiritur

9 *bona fides*, quæ *definitur*: quòd sit *sincera rei alienæ Ignorantia. P. Engel.* §. *h. t. n.* 12. Talem bonam fidem habere intelligitur, qui credit, eum, à quo rem accedit, fuisse dominum: vel habuisse Jus distrahendi, veluti habet tutor, *l.* 109. *ff. de V. S. L.* 32. §. 1. *ff. h. t. Manz. n.* 31 *Harp. n.* 64. *Perez. Instit. hic.* Vel (ut cum *Schneid.* loquar) qui nescit, rem esse alienam, vitiosam, furtivam, vel NB. à lege alienari prohibitam; qui enim contra Jura, & legis prohibitionem mercatur, vel contrahit, præsumitur esse in mala fide, *l.* 7. *Cod. de agric. & censcap.* 82. *de R. J. in* 6.

10 Q. III. *Quando debeat adesse bona fides?* ℞. Distingendum esse inter Jus *Civile & Canonicum.* De Jure civili sufficit ab initio præscriptionis bonam fidem adesse; adeòque, licèt ceptæ usucapioni superveniat, cursum tamen præscriptionis non sistit. §. 12. *h. t. l.* 10. *ff. h. t. l. un. Cod. de Usucap. transfer.* Et hoc procedit in præscriptione longi temporis, non verò longissimo; in hac enim Jus civile simpliciter malam fidem admittit, sive ab initio, sive ex postfacto intervenìat, *l.* 3. & 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Ratio, quia Jus civile solummodò respexit socordiam civium, incertitudinem dominii, & importunam litium frequentiam, quæ incommoda ut evitaret, nullâ factâ reflexione ad bonam, vel malam fidem, absolute statuit, ut omnes res, Jura, & actiones 30. vel 40. annorum spatiô extinguerentur. *Manz. n.* 39. *hic.*

Verum de Jure Canonico longè aliter se res habet; hoc enim toto præscriptionis tempore requirit bonam fidem, juxta regulam: *Possessor malæ fidei ullo tempore non præscribit c.* 2. *de R. J. in* 6. *quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, & quidquid est contra conscientiam, ædificat ad gehennam c.* 3. ✠ *de restit. spoliat.* Concordat Jus Austriac. *N. Oe. Land-Tafel*, *lib.* 4. *tit.* 129. Et quia hîc agitur de materia peccati, omninò standum est Juri Canonico, per theoriam universalem quæ docet, in causis spiritualibus, & concernentibus peccatum, dispositionem Juris Canonici, non solùm in terris Ecclesiæ, sed etiam Imperii servandam esse *P. Engel. Proemio jur. Canon. num.* 19. ✠. *Quarta Regula. Gail. lib.* 2. 141. *num.* 5. *Clariss. D. P. Konig. Proœm. de Jure Canon. num.* 8. *Mynsing. cent.* 4. *obs.* 18. *n.* 7.

Dices: qui locum aliquem ad Catholicam unitatem cõvertit, etiamsi sciat, illum locum pertinere ad alium Episcopum, illum tamen locum triennio præscribit, *c.* 1. ✠ *h. t.* ergò de Jure Canonico præscriptio currit cum mala fide. ℞. *d. c.* esse speciale ob favorem fidei, & ut ita Catholici Episcopi alliciantur, & invitentur ad conversionem populi à Schismate Donatistarum. *Gonzalez in d. c.* 1. *n.* 3. 11

Peck.

Peck. in d. c. 2. de R. J. in 6. num. 16. pulchrè *Pirhing. ad Jus Canon. h. t. sect. 13. §. 3. num. 98.*

32 Q. IV. *An præscriptione bona fide completa, si is, qui præscripsit, rem esse alienam cognoverit, teneatur in foro conscientiæ domino suo restituere? Dixeris*, quòd *sic.* I. quia actus vitiatur, si ad eum statum reducatur, a quo inchoare non potest; sic testamentum, à libero homine conditum, rumpitur, si testator servus efficiatur. *arg. l. 98. ff. d. V. O. & l. 3. ff. de his, quæ pro non script. habent.* Ergò etiam præscriptio non procedit in casu prædicto, cum devolvatur ad statum malæ fidei, unde non potest inchoari.

II. Quia cessante causa, cesset effectus, *c. 60. ✠ de appellat. cap. 8. ✠ de consang. & affinit.* Ergò cessante bona fide, utpote causa, cessabit ejus effectus, *i. e.* præscriptio.

III. Quia bonæ fidei possessor post subortam malam fidem fructus non facit suos, *l. 48. §. 1. ff. de A. R. D.* ergò etiam possessor bonæ fidei post supervenientem malam fidem non præscribit.

Verùm his dubitandi rationibus in contrarium nihil remorantibus, *negativæ* standum est, quam sua authoritate muniunt *P. Engel. ad Jus Can. num. 4. h. t. Pirrhing. ad jus Can. sect. 1. §. 1. h. t. n. 6. Fach. l. 1. cont. 64. Harp. n. 91. prin. Inst. h. t. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disput. 22. th. 6. lit. C. P. Sporer tract. 6. in Decalog. cap. 1. sect. 5. num. 192. Cov. ad. c. possessor de R. J. in 6. p. 3. §. 2. n. 1. Layman. Theolog. Moral. l. 3. tract. 1. c. 8. n. 4. Zoes. ff. h. t. n. 60.*

Probatur hæc *Sententia* evidenti ratione, quia post præscriptionem non datur amplius mala fides, quæ est rei alienæ scientia; enimvero post præscriptionem completam res non est amplius aliena, cum facta sit præscribentis, cui lex plenum dominium adjecit, *l. 8 Cod. de præscrip. 30. vel 40. ann. l. 3. ff. de Usucap.* ergo, si præscribens teneretur rem restituere, teneretur rem suam restituere.

Ad I. R. cit. regulam procedere tunc demum, si actus consummationem suam nondum est consecutus; secus impediment superveniens non vitiat actum *arg. 140. §. Etsi placeat. ff. de V. O.* Idque patet ex impedimento dirimenti, quod post contractum matrimonium superveniens non nocet, neque vitiat matrimonium. *Vide tit. 10. de Nupt.* Unde non mirum, quòd testamentum, à libero conditum rumpatur, si testator servus effectus fuerit, quia consummationem suam nondum est sortitum, utpote, quod demum per mortem confirmatur.

Ad II. Eodem modo datur solutio, cessante nimirum causa, cessare effectum, si effectus nondum sit consummatus, & perfectus; sic, licèt aliquis contrahendi incapax fiat, fortè, quia declaratur prodigus, contractus tamen, tempore capacitatis initi, validè subsistunt.

III. Planè omni probationis mole caret; bonæ enim fidei possessor tunc demum fructus restituere tenetur in casu, quo mala fides suboritur, si eosdem triennio nondum præscripserit, quod nihil probat contra nos. *Hunn. var. resol. lib. 2. tract. 3. c. 8.*

Ampliatur nostra *Sententia* in tantum, ut is, qui rem legitimè præscripsit, eam tamquam indebitè datam repetere, & ut suam vindicare possit, si fortè illam ex errore Juris restituerit pristino domino, ratus, adhuc esse alienam, & restitutioni obnoxiam, tametsi etiam ignorantia Juris non excuset, cum agitur de acquirendo, excusat tamen, cum agitur de amittendo rem jam acquisitam, *l. 7. ff. de jur. & fact. ignor. P. Sporer loc. cit. n. 198. Pirrhing. d. lo.*

13 Q.V. *An præscriptio currat cum dubio?*
℞. cum *distinctione* inter dubium *practi-*
14 *cum & speculativum.* Practicum voco, quando quis in specie, & particulari de rei dominio dubitat,& an eam rem salva conscientia retinere possit? Speculativum appello, quando quis quidem rem justè & licitè se retinere credit, dubitat tamen, an tradens dominus fuerit? *P. Engel.loc.cit. num.* 14. *à Someting. Inst. h. t. n.*8. *His præmissis*, sequitur

Assertio I. Cum dubio practico præscriptio neque potest inchoari, neque cœpta continuari. *Clariss. D. P. König. in Jus Canon. h. t. num.* 38. Ratio quia taliter præscribens exponit se periculo peccandi, eo ipso enim, si rem retinet, quam putat se retinere non posse, peccat: nam, qui dubitat, an sit peccatum, & id, de quo dubitat, tamen committit,utique peccat. Pulchrè *P. Sporer tract.* I. *in Decalog.cap.* I. *sect.* 4. *Assert* II. §. I. *n.* 69. atqui cum peccat, non procedit præscriptio. *c. fin.* ✠ *h. t. Pirrhing. loc. cit. sect.* 2. §.4. *n.* 55. Ergo &c.

Accedit *h.l.*32. §. I. *ff. h.t.* ubi in hæc verba rescribitur: *Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiam si erret, non procedere tamen ejus usucapionem.* Dissent. *Glettle Assert. Jurid.* 74. *Molina de J. & J. disp.*63. *n.* II. *P. Engel. h. t. num.* 14. *Pirrhing. loc.cit. n.* 56. *Peck. in c.*2. *de R. J.in 6.* Qui omnes concordi suffragio in eam condescendunt Sententiam, quòd dubiũ practicum præscriptioni ritè cœptæ superveniens non impediat cursum ejus; ex ratione, quia *c.fin.* ✠ *h. t.* tantum illos excludit à præscribendo, qui conscientiam rei alienæ habent, adeoque, qui sunt in positiva mala fide constituti, qualis non est qui practicè dubitat.

Verum hæc *Sententia* nimium probat; *ergò* nihil: probat enim, cum dubio practico etiam posse inchoari præscriptionem, quod à tenera conscientia vehementer alienum.

Assertio II. Cum dubio merè speculativo præscriptio non tantum rectè currit, sed etiam inchoatur. Ita P. *Engel & cæteri paulo ante allegati.*

Ratio primi membri est, quia hoc dubium cuilibet, bonæ fidei possessori suboriri potest, adeoque in pari causa melior est conditio possidentis, *c.* 65. *de R. J. in* 6.

Ratio secundi membri fundamentalis est hæc, quia alias vix unquam procederet præscriptio; nemo enim infallibiliter scire potest, rei dominium tradentis esse.

Deinde ineptè exigerentur cautiones de evictione, si nulla foret ambigendi ratio, an tradens rei traditæ dominus fuerit, nec ne?

Q.VI. *An cum errore Juris currat præ-* 15
scriptio? v. g. an, si quis rem emit à Prælato sine consensu capituli, ratus talem consensum non requiri; vel an, si quis emit rem immobilem à tutore sine decreto Prætoris, ratus illud non desiderari, an (inquam) talis possit præscribere? sequitur

Assertio I. Certum est, & apud omnes ferè indubitatum errorem Juris clari & notorii impedire præscriptionem longi temporis. Ita *Manz.* §. II. *num.* 12. *h. t. Harp. prin. Inst. h. t. num.* 85. *P. Konig. ad Jus Canon. h. t. num.* 36. *Panormitan. in. c. dudum. de decimis, & in c. de quarta num.*12. *h.t. Pirrhing. ad Jus Can.sect.* 2. §. 5. *num.* 61. *h. t. P. Engel. lo. cit. num.* 15.

Probatur ex variis Juris textibus l. ex *l.* 4. *ff. de Jur. & fact. ignorant.* his verbis: *Juris ignorantiam in usu capione negatur*

gatur prodesse. II. Ex *l. 6. ff. eod. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus.* III. Ex *l. 31. ff. de usucap. numquam in usucapionibus Juris error possessori prodest.*

Dices: qui habet bonam fidem, præscribit; sed errans in Jure habet bonam fidem; *ergò* præscribit. ℞. tametsi errans in Jure habeat bonam fidem *Theologicam*, non tamen habere bonam fidem *Juridicam h. e.* talem, qualem Jura desiderant, *h. e.* ab errore Juris immunem.

Assertio II. Error Juris, quem scienter committit, *h. e.* si quis sciat leges, & Jura, in fraudem tamen eorum scienter aliquid mercatur, impedit præscriptionem etiam longissimi temporis, puta 30. vel 40. annorum. Ita tenet *Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. quæst.* 43. Probatur per *l. 7. Cod. de agricol & censitis*, his verbis: *Malæ fidei possessorem esse, qui contra Jura mercatur, nullus ambigit.*

Item per *c. 82. de R. J. in 6. Qui contra Jus mercatur, bonam fidem non habet*; atqui malæ fidei possessor, & qui bonam fidem non habet, ullo tempore non præscribit, *c. 2. de R. J. in 6.* ergo. Vide *Peck. ad. d. c.* 82.

Assertio III. Error Juris, quem quis ex ignorantia incurrit, fortè, quia hospes in Jure est, & non intelligit, quod in alienatione rei Ecclesiasticæ de forma consensus capituli requiratur, non impedit præscriptionem longissimi temporis. Ita *Pirrhing. loc. cit. num. 62.* ✠. *Limitant Covar. in c. de R. J. in 6. p. 2. §. 9. n. 5. Clariss. D. P. Konig. n. 37. h. t.* Dissent. *P. Engel. n. 15. Fachin. lib. 8. cap.* 28.

Mihi prior opinio videtur magis consona rationi, quia in præscriptione longissimi temporis non requiritur titulus, nec de Jure civili mala fides nocet, *l. 8. Cod de præscrip. 30. vel. 40. annor.* De Jure vero Canonico tantum ea mala fides excluditur, quæ peccatum, & malitiam inducit; non est autem peccatum, aut malitia, ignorare Jura.

Ex hactenus deductis *colligere* fas est, ad omnem præscriptionem requiri I. Bonam fidem, quæ in dubio semper præsumitur; quilibet enim præsumitur bonus, donec probetur malus, *c. fin.* ✠ *de præsump. Harp. n. 6. Alciat. de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 5. Covarr. loc cit. §. 8. n. 2. Mascard. vol. 1. conclus. 224. Schneid. num. 21. & seqq. hic.*

Ampliatur, sive titulo munitus sit, nec nè, *Covar. loc. cit. Vasquius controv. Illust. lib. 2. cap. 70. n. 2. Mascard. loc. cit. n.* 3. Diss. *Fach. lib. 8. cont.* 32.

Q. VII. *An etiam in servitutibus præscribendis requiratur bona fides?* Pulchrè, & more suo solidè hanc utilem, à plurimis tamen intactam quæstionem resolvit *P. Engel. ad Jus Canon. h. t. n.* 18.

Ego, ut breviter me expediam, *distinguo* inter servitutes urbanas, & servitutes rusticas.

In servitutibus urbanis requiritur bona fides, qua quis credit, se posse Jure suo eum actum exercere, per quem usucapiendi conditionem acquirat. In servi- 16
tutibus vero rusticis bona fides non desideratur, sed sufficit, quòd is, cui debentur, eis non utatur, *l. 4. §. si viam. ff. de Usucap.* & *l. hæc. autem. ff. de S. P. U.* Unde sequitur, quòd licet ego sciam, tibi in fundo meo competere Jus eundi, agendi, aquas ducendi; in casu tamen, quo Jure eundi, agendi, aquas ducendi, &c. non uteris, ego contra te præscribam, nec tenear te monere, ut Jure tuo utaris, quoniam tantum pati teneor, si utaris. Ita *P. Sporer. tract. 6. in Decalog. cap. 1. sect. 5. n. 211. Molina de J. & J. tract. 2. discurs 6. n. 5. Less. lib. 2. de Just. c. 6. dubit. 6. n. 21. P. Engel. loc. cit.* 17

Sed *ais*! quæ est ratio differentiæ, quòd in præscribendis servitutibus urba- 18

 nis

nis requiratur bona fides, non verò in rusticis? Res est subtilis, non tamen excedens captum. Intende ingenium tuum, & capesce! Hæc est ratio differentiæ, quia servitutes rusticæ solò non usu amittuntur, *l.* 10. §. 1. *l.* 19. *l.* 20. *ff. quib. mod. servit. amittit. l. sequitur.* 4. §. 27. *ff. de usucap.* Servitutes verò urbanæ solò non usu non amittuntur, sed requiritur aliquod factum, quod sit argumentum interruptæ patientiæ. *l. 6. ff. de S. P. U. l.* 18. §. 2. *ff. quib. mod. serv. amitt.*

Unde, licèt tignum, seniò collapsum, per decem annos exemptum manserit, nisi tamen dominus prædii servientis foramen obstruxerit, ac definito tempore ita obstructum habuerit, servituti tigni immittendi non præscribit. *dd: LL.* Cur tam variè? quia possessio servitutum rusticarum sustinetur usu earum, & exercitio, quo usu omissò, deperditur, quia nihil succurrit, quod animum retinendæ servitutis ostendat. Aliud est in servitutibus urbanis, hæ enim, semel constitutæ, non indigent ulteriori factò & exercitio, adeoque possessio earum non stat in usu, & exercitio, sed in sola patientia domini. Hinc, nisi factum, puta, in servitute tigni immittendi obstructio foraminis, interveniat, quod sit argumentum interruptæ patientiæ, possessio illarum non deperditur. Jam, si ego sciam, tibi competere servitutem tigni immittendi, & ego foramen obstruam, atque ita impediam, ne aliud immittatur, pecco contra justitiam, quia facio aliquid, quò læditur Jus tuum. Secus est in servitutibus rusticis, in quibus nihil teneor facere, quàm pati, ut iis utaris: sin in usu cesses, tibi habes, quòd earum amissionem imputes. Vide A.A. *suprà* citatos, & præcipuè *P. Engel.* & *P. Sporer.* qui solidè distingunt, an obligatio quædam ex sua natura tendat ad agendum, vel non agendum: an verò ad patiendum, vel permittendum? si prius, fortè, quia ex mutuo, exempto, vel ex alia conventione tibi centum debeo; vel, quia obligor, ad altius non tollendas ædes, fenestras non operiendas, non officiendum luminibus, non datur præscriptio contra talem obligationem, quoniam scientia Juris alieni adest. Undè licèt à me per 30. annos non petas mutuos centum, quos mihi dedisti, ego tamen si sciam, quòd tibi illos debeam, contra te non præscribo. Ita quoque docet, *Mynsing. cent.* 4. *obs.* 6. *Gail.* 1. *obs.* 18. *n.* 7. *Layman. Theolog. Moral. lib.* 3. *tract.* 1. *cap.* 8. *n.* 12. Dissent. *Parnomit. in c. fin. h. t. num.* 13. & 21. *Vasq. controv. illust. lib.* 2. *c.* 76. *n.* 3.

Si posterius, obligatio per præscriptionem extinguitur, etiamsi scientiam Juris alieni habeam, sic præscribo servituti itineris, si eà 10. vel 20. annis, de *Jure Austriaco* (ut *suprà* dictum) 32. annis non utaris, etiamsi scientiam Juris tui habeam, teneor enim tantummodò ad patiendum.

II. Ad præscriptionem requiritur *Titulus*, qui est causa, ex se habilis ad transferendum dominium, veluti *emptio*, *donatio*, *permutatio*, *legatum*, &c. Unde patet, quo sensu hôc loco accipiatur titulus, nimirum pro causa possessionis; ut interrogatus, cur aliquid, & quomodò possideat? causam, sive titulum possessionis proferre valeat, atque dicere, quia id emi, quia Titius mihi donavit, vel legavit. *Harp. prin. h. t. n.* 101.

Dicitur Titulus *causa habilis ad transferendum dominium.* Unde alii tituli, qui ex natura sua non tendunt ad translationem dominii, sicuti *pignus*, *commodatum*, *depositum*, *locatio*, *conductio*, &c. ad usucapionem inhabiles sunt. *P. Engel.* §. 4. *h. t. n.* 22. *Pirrhing. h. t. sect.* 3. §. 1. *n.* 81.

Divi-

Dividitur Titulus in *verum*, & *non verum*. Titulus verus est, vi cujus de facto transfertur dominium, nec opus est usucapione; talem *v. g.* habet, qui rem ex causa translativa dominii, puta *emptionis*, *donationis*, accepit à vero domino.

23 Titulus non verus triplex est, *coloratus*, *existimatus*, & *præsumptus*. Coloratus est, qui speciem veri tituli præ se fert, vim tamen, ac potestatem ejus non obtinet, talem habet, qui rem à non domino, quem dominum tamen
24 credidit, accepit. Existimatus, seu putativus est, quando quis putat, titulum præcessisse, cùm non præcesserit; talem habet, qui putat, rem sibi donatam, vel legatam esse, quæ tamen nec dona-
25 ta, nec legata fuit, sed vendita. Præsumptus Titulus est, quem Jura præsumunt intervenisse, licèt in rei veritate non intervenerit. Jam sequitur

Assertio I. Ad omnem præscriptionem requiritur titulus, *tex. hic. l. 27. ff. de usucap.* & *usurpat. l. 24. Cod. de R. V. l. 4. Cod. de præscript. long. temp. Manz n 46. hic. Schneid. n. 32. Harp. num. 99. Pirrhing. ad Jus Canon h. t. §. 1. f. 3. num* 81. Ratio est, quia possessionem sine vitio acquisitam esse oportet, quod fieri non potest nisi quis prudenter opinari possit, rem esse suam, aut se habere justam possidendi causam.

26 *Assertio* II. Titulus verus non requiritur, sed impedit præscriptionem; quia verum, & absolutum dominium transfert, ut usucapione ampliùs opus non sit, quod enim semel meum est, ampliùs meum fieri non potest, *l.* 14. §. 2. *ff. de except. rei jud. c.* 6. ⁂ *de fide instrum. Schneid. num.* 34.

27 *Assertio* III. Ad præscriptionem ordinariam puta, triennalem, decennalem inter præsentes, vicennalem inter absentes, requiritur titulus coloratus, quem ille habet, qui rem à non domino bona fide emit. *dd. ll.* & *ratione in Assert.* I.

Assertio IV. Ad præscriptionem rerum incorporalium v. g. servitutum, non requiritur tiulus coloratus, sed sufficit præsumptus, *l.* 10. *ff. si servit. vind.* his verbis; *Si quis diuturnò usu, & longa quasi possessione Jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de Jure, quo aqua constituta est.* Ratio, quia usus unius, & patientia alterius vices tituli suplent. *Schneid. num.* 45. & 46. *Clariss. DD. Franz. Inst. de servit.* §. 7. *n.* 37. *Cæpolla de servit. c.* 20. *num* 8 *Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 17. *th.* 9. *lit. B. Glettle p.* 2. *select. q.* 28. *num.* 5. 28

Assertio V. Titulus existimatus, sive putativus non sufficit ad præscriptionem longi temporis, §. *error* 11. *infra*, *h. t.* Ubi latius hac de re. 29

Assertio VI. Ad præscriptionem longissimi temporis *h. e.* 30. vel 40. annorum, non requiritur Titulus coloratus, neque putativus, sed sufficit præsumptus, *l.* 3. & *l.* 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Ratio, quia lapsus tanti temporis locò tituli habetur. *Harp. num.* 103. *Schneid. num.* 42. *Manz. num.* 57.

Limitatur, si Jus commune resistat 30 præscribere volenti, tum enim etiam in præscriptione longissimi temporis allegari, & probari debet titulus, vel possessio immemorialis temporis, *tex hic. c.* 1. *h. t. in* 6. ubi ponitur casus de Prælato, qui allegat, se præscripsisse decimas in Parochia alterius Ecclesiæ, & dicitur, non sufficere, quòd Prælatus alleget bonam fidem, sed debeat probare titulum, vel, quòd illas decimas ab immemoriali tempore perceperit; nam dispositio, & præsumptio Juris est, decimas pertinere ad illam Parochiam, intra cujus limites prædia consistunt, *Schneid. num.* 42. *Engel num.*

num. 30. *Konig. n.* 24. *Pirrhing. n.* 85. & *n.* 86. *loc. cit.*

De *Jure Austriaco* titulus ad præscriptionem duntaxat triennalem requiritur, res enim immobiles, & incorporales, veluti servitutes, & actiones cursu demum 32. annorum præscribitur, ita, ut tempore prædictò evolutò, absolvatur præscriptio, etiam sine titulo *N. Oe. Land-Tafel, lib.* 4. *tit.* 129. & *tit.* 30. *Also, und dergestalten*, &c. i. e. *Ita, ut si rei posi hac vindicatio abs aliquo instituatur, nec tamen possessor hæredesve ejus titulo ullo veterem possessionem suam fulcire queant, hac sua possessione sola tueri se possunt.* Confer *Lands-Ordnung lib.* 2. *tit.* 31. §. 10. *seqq. Item neue Satz- und Ord. de Jurib. Incorp. tit.* 16.

31 III. Ad præscriptionem requiritur *possessio* juxta regulam: *usucapio sine possessione non procedit*; *c.* 3. *de R. J. in* 6. Debet autem possessio esse civilis, *h. e.* detentio rei cum opinione, & animo domini. Unde naturalis possessio sive rei detentio citra animum, & affectionem dominii ad præscriptionem non sufficit *l.* 13. §. 1. *ff. de publ. in rem act. l.* 13. *ff. de usucap.* & *usurp.* enim verò præscripsio est modus dominium acquirendi, quod non acquiritur sine animo, & voluntate acquirentis, *l.* 55. *ff. de O & A.* Sic *creditor pignus, usu fructuarius rem fructuariam, vasallus rem feudalem, Emphyteuta rem emphyteuticam, depositarius rem depositam, commodatarius rem commodatam, &c.* etiamsi res illas centum, pluribus annis possideant, præscribere tamen non possunt, quoniam non habent animum, & affectionem dominii. *Humm. ad Treutl. vol* 2. *disp.* 22. *th.* 1. *q.* 1. *Pirrhing. ad Jus Canon. h. t. sect.* 2. §. 1. *n.* 38. & *seqq. Harp. n.* 385. *Clariss. D. P. Konig. h. t. num.* 26. *Zoes. ff. t. n.* 45.

Requiritur ad præscriptionem *legitimum tempus*, quod pro diversitate rerum & causarum varium est. Aliud enim est *tempus breve*, aliud *longum*, aliud *longissimum*, aliud *immemoriale*.

Breve appellatur, quod est infrà, vel supra triennium, minus tamen decennió. Hôc modô triennio præscribuntur res mobiles, *text. hic.* & *l. un. Cod. de usucap. transform.* Nec refert de Jure communi, ad Ecclesiam, sive ad privatos pertineant. *Auth. quas actiones Cod. de SS. Eccles. Covarruv. in c.* 2. *de R. J. in* 6. *p.* 2. §. 2. *num.* 5. *Laiman. lib.* 3. *tract.* 1. *c.* 8. *num.* 13. *P. Engel ad Jus Canon. h. t. n.* 28. Concordat *Jus Austr.* quoad res privatorum, teste *Walther de Jure consuet. lib.* 4. *tit.* 127. 32

Huc quoque revocare possis triennalem illam, & 18. hebdomadarum præscriptionem, quæ in *Austria* ex *Constitutione Ferdinandi II.* inducta est. *Wann sich.* &c. e. i. *Cum in fundis, sive feudalibus sive allodialibus; item Domibus liberis, Curtibus, & similibus, ex quocumque capite mutatio possessoris accidat, illæ, ad prævenienda incommoda, indè forsan oritura (nisi Emptor, aliusve cujus intersit, aliter rem transigi velint, à Judice requirant, quod integrum cuique relinquitur, tam iis qui bona per emptionem, quam iis, qui alio titulo sibi comparaverint antea, vel in posterum acquirere possent) per Edicta publica quæcumque istiusmodi mutatio fuerit inducta, publicari debet, & omnibus atque singulis, qui vel in petitorio, vel in possessorio, aut alio quovis titulo, juris aliquid in hæc bona, & actio is habere se putant, significari, ut, secundum propositum Edictum supra memoratum, intra tres annos & octodecim Hebdomades peremtoriè petitiones suas, idque juxta ordinationem proferant: quod nisi intra præfinitum illud terminum prætiterint, alterius non admissum eos iri, jure actio-*

actioneque omni deinceps carituros. Quæ tamen Edicta Dominis Feudi, quantum ad jura ipsorum feudalia adtinet, item Pupillis indefensis, ut & absentibus ex justa & necessaria causa fraudi esse non oportet, atque imprimis Ecclesiæ Ministris. Qui vero Judicis concessione in possessionem fundi fuerunt missi, ejusque domini facti sunt, non tenentur Edicta id genus ad majorem securitatem requirere: sed elapso triennio atque octodecim septimanarum termino, nemini (sin excipias Partes de quibus suprà) rationem reddere juris sui vel in judicio eos postulanti tenentur ullo modo. Generale Ferdin. II. de an. 1635. 17. Aug.

Pariter de *Jure Austriaco* per revolutionem unius anni præscriptione extinguitur actio Injuriarum, *und eine jedwedere Gewalts-Klage. Suting. obs.* 13. *n.* 5.

34 *Longum tempus* sunt 10. anni inter præsentes, & 20. inter absentes, quo tempore de Jure civili cum titulo præscribuntur res immobiles*, *tex. hic. & d. l. un. Cod. de Usucap. transform. l. fin. Cod. de præscript.*

35 *long. temp.* Dicuntur autem præsentes, qui in eadem provincia habitant; absentes qui in diversis, *P. Engel num.* 29. *Konig num.* 43. Aliter *Manz. num.* 83. ubi *Lege imperiali* putat, necesse esse, ut determinetur, qui præsentes, qui absentes dicendi sint?

36 *Longissimum tempus* sunt 30. anni & ultrà. Sic bona privatorum immobilia sine titulo 30. annorum spatiô præscribuntur *l.* 3. & 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Item 30. annis tolluntur omnes actiones civiles, tam reales, quàm personales, *l.* 3. *l.* 7. *Cod. d. t. Harp. n.* 174. *Zoes. ff. h. t. n.* 48.

Excipitur I. Actio de dolo, quæ durat tantùm bienniô, *l. fin. Cod. de doli*

37 *mali except.* II. Exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ etiam bienniô exting-

37 tur, *l. in Contractibus. Cod. de non num. pecun.* III. Actio redhibitoria, quæ 6. mensibus expirat, *l.* 16. §. *fin ff. de ædilit. edicto.* IV. Actio quanti minoris, quæ terminatur unô annô *d. l.* 19. V. Querela inofficiosi quæ quinquenniô circonscribitur. *l.* 34. *Cod. de inoff. testam.* VI. Actio hypothecaria, cui diversimo- 39 dè præscribitur. Etquidem, si hypotheca possideatur à debitore, vel ejus hærede, tunc actioni hypothecariæ non præscribitur, nisi 40. annis, *l.* 7. §. 1. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. Brunnem. ibid. num.* 5. Si hypotheca possideatur ab extraneo, non debitore, fortè, quia illam bonâ fide emit, extinguitur actio hypothecaria 10. annis inter præsentes, & 20. inter absentes, *l.* 1. & *l.* 2. *Cod. si advers. credit. Brunnem. ibid. Schamb. inst. h. t. pag.* 290. Si hypotheca possideatur ab extraneo, & quidem malâ fide, tunc de Jure civili circumscribitur actio hypothecaria 30. annis, & de hoc casu intelligenda est *l.* 3. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. Zoes. ff. h. t. num.* 49. vide & *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 1. *th.* 7. *q.* 47.

Adpræscriptionem longissimi temporis spectat etiam illa, quæ 40. annis concluditur, qua de Jure communi præscribuntur res Ecclesiasticæ, quæ videlicet pertinent ad Ecclesiam, *c.* 4. & *c.* 8. ✠ *h. t. Engel. n.* 30. *Pirrhing. loc. cit. n.* 92. Excipitur Ecclesia Romana, contra quam non currit nisi centenaria præscriptio, *cap.* 13. ✠ *h. t. Pirrhing. n.* 99. *Ruth. tract. de usucap. cap.* 5. *assert.* 28. *Covar. in c. possessor. p.* 2. §. 2. *n.* 6.

De *Jure Austriaco* res Ecclesiasticæ, & 40 Monasterium nullo unquam tempore possunt præscribi, idque demonstratur per *Generalia Ferdinandi I.* de dato 22. Junii 1534 *Ferdinandi II.* de dato 25. Februar. 1634. *Maximil. II.* de dato 10. Junii 1575. *Suttinger. in Manu-Script.* verb.

Geistliche Güter. Funsterwalder lib. 2. *obs.* 105. *num.* 8. ubi *num.* 34. *& seqq.* rationes, & motiva, quibus hæc consuetudo nititur, longâ serie adducit. Quare quilibet possessor Prælato agenti titulum suæ possessionis edere tenetur.

Res immobiles de *Jure Austriaco* non præscribuntur nisi 32. annis. Ita deconsuetudine hujus inferioris Austriæ testatur *Bernard. Walter lib.* 4. *tit.* 120. verbis: *Welcher ein liegendes, Gut, &c.* i. e. *Si quis rem immobilem prout Austriæ Infra Annum moribus antiquis cautum est per* 32. *annos continuos possedit, eaque usus ac fruitus est; hac diuturna nec interrupta possessione, tum ille, tum hæredes ejus, tale jus ac dominium habent constitutum, ut si quis deinceps rem illam vindicare suscipiat, possessor ejusve hæredes, licet antiquam possessionem suam nullo titulo possint tueri, in tuto tamen eà solâ sint collocati, ita ut Præscriptionem agenti jure opponant. & ab actione hoc uno præsidio liberentur. Præscribuntur pariter Credita aliaque jura personalia,* 32. *annorum lapsu. Funsterwalder. lib.* 2. *obs.* 104. *n.* 5.

41 *Tempus immemoriale* est cujus initii memoria non extat quo tempore præscribuntur res, quæ aliàs præscribi non possunt. Hæc præscriptio hàbet vim privilegii, æquiparatur privilegio à principe concesso, *c.* 46. §. §. *præterea.* ✠ *de V S.* Spatiumque tanti temporis tantum potest, quantum Imperator. *Schneid. num.* 81. *P. Egel. num* 34. *Pirrhing. loc. cit. n.* 128. *Mynf. cent.* 1. *obs.* 30. ubi ait: *præscriptione immemoriali probata, non admiti probationem in contrarium.*

42 In specie tepore immemoriali præscribuntur I. Res, testamentò alienari prohibitæ, de quibus, *l.* 3. *ult. & auth. Res, quæ Cod. commun. de legat. Pirrhing. lo. cit.* §. 7. *num.* 35. *& seqq.* II. Res dotales *arg l.* 30. *Cod. Jure dot.* III. Regalia principis, *v. g.* Jus collectandi, cudendi monetam, imponendi vectigalia; & denique omnia illa Jura, quæ non possunt competere, nisi ex speciali privilegio principis. *Schneid. num*33. *Struv. Exercit.* 43. *th.* 24. *Harp. n.* 218. *Reichs-Abschid. de A.* 1548. §. *Wo aber innerhalb. Menschen-Gedencken* 64. *Berlich. p.* 2. *concl.* 8. *num.* 14. *Tanger de Except. p.* 3. *c.* 10. *num.* 183.

Differt ista præscriptio à centenaria, quia hæc potest esse non immemorialis, cum homines reperiri possint ætatis tam provectæ, ut centum annorum recordentur. *Pirrhing. loc. cit. num* 129. *Covar. in c.* 2. *p.* 2. §. 3. *num.* 6. *&* 7.

§. SED ALIQUANDO. I.

Hucusque excussimus IV. præscriptionis *Requisita*; puta, *bonam fidem, justum Titulum, possessionem, & legitimum tempus.*

Jam in *hoc*, & *seqq.* §§. agendum de *quinto* præscriptionis *Requisito*, quod in eo consistit, ut *res, non sit vitiosa, h. e.* usucapi non prohibita, *l.* 24. *ff. de usucap. & usurp..* Prohibendum autem in specie usucapi res, quæ commerciò humanò exemptæ sunt, veluti *liber homo, res sacræ, sanctæ, religiosæ, text. hic. l.* 9. *ff. h. t.* Ratio, quia præscriptio est modus acquirendi dominii; hæ autem res in dominium non cadunt, *ergò &c. Manz. num.* 4. *Mynf. & Wesenb. hic.* Similiter *servus fugitivus* usucapi non potest, *text. hic.* Ratio, quia res furtiva (ut statim audiemus) non potest usucapi; atqui servus fugitivus est aliquo modo furtivus quia sui ipsius furtum facere dicitur, *l.* 1. *Cod. de serv. fugitiv.* ergò. 43

§. FURTIVÆ 2. CUM §. QUOD AUTEM SEQ.

Præterea res furtivæ, & quæ vi possessæ sunt, neque à fure, & violento possessore, 44

fessore, neque ab ullo alio, etiamsi bonâ fide rem talem ab alio acceperit, usucapi possunt. Ratio quoad furem, quia & titulo, & bonâ fide caret. Ratio quoad bonæ fidei possessorem, quia furtum, & violentia sunt vitia realia §. *hic.* vitia autem realia rebus semper cohærent, eásque, ut lepra leprosum, sequuntur, *l.* 4. §. 6. *ff. h.t.* & *l.* 11. *Cod. de acq.* & *retin. poss.* Unde infert *Imperator* in §. *hic.* quòd in rebus mobilibus triennalis præscriptio rarò procedat, quia plerumque, qui primus rem vendidit, cùm dominus non fuerit, furtum commisit.

Non sine mysterio autem dicit *Imperator* res furtivas, & vi possessas à bonæ fidei possessore *longo tempore* usucapi non posse; enimverò si quis longissimò tempore, 30. scilicet, vel 40. annorum spatio eas bonâ fide possederit, tunc præscribit, *l.* 3. & 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Schneid. *n.* 61. & *n.*66. *Minsing. num.* 5. Ratio, quia tantò tempore vitium, quod impediebat usucapionem, eluitur, & purgatur. *Manz. n.* 10.

§. Sed Tamen. 4.

45 Q. hic, *quid Juris, si hæres rem, defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans, hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, poteritne is, qui bonâ fide recepit usucapere.*

R. quòd *sic*, ratio est, quia licèt hæres rem, defuncto commodatam, invitô dominô, *i, e.* commodante, contrectaverit, quia tamen non fecit sciens, & malâ fide, sed ignorans, & bonâ fide, furtum non commisit, consequenter ea res in vitium furti non cecidit, furtum enim est contrectatio fraudulenta, neque absque affectu, & dolosò animo committitur, §. 7. *Inst. de oblig. quæ ex delict. nas. Manz. n.* 2.

Sed, poteritne etiam ipse hæres, in bona fide existens, rem, defuncto *v. g.* commodatam, præscribere? Non potest, quia defunctus non potuit; *ergò* neque hæres. Defunctus non potuit, quoniam, rem esse alienam, scivit, adeòque in mala fide constitutus fuit; atqui hæres succedit in universum Jus defuncti, & ignorantiâ suâ ejusdem vitia non excludit, *l.* 11. *ff. de divers.* & *tempor. præscrip. Harp. num.* 7. *Covar. in c. possess.* 2. *p.* 2. *Menoch. de recup. poss. remed.* 1. *n.* 618.

§. Item Si Is. 5.

Q. hic, quid Juris in hoc casu? *Sempronius habet usum fructum ancillæ, & partum ex illa susceptum Titio bona fide vendit, poteritne Titius partum præscribere?*

Ratio dubitandi est, quia Sempronius vendidit rem alienam; partus enim ancillæ, in fructu non est, atque adeò ad proprietarium pertinet; absurdum enim (inquit §. 39. *de R. D.*) videtur hominem in fructu esse.

Verùm, hàc ratione non obstante, *Imperator* decidit, usucapionem procedere, ex ratione, quòd furtum, sine affectu & animò doloso non committatur.

Colligunt aliqui, ex *hoc* §. quòd error juris usucapionem non impediat, puta ex parte tradentis, secùs ex parte accipientis. *Mynsing. n.* 1. *Manz, num.* 4.

§. Aliis. 6.

Dicit *Imperator* aliis quoque modis accidere posse, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, ut à possessore usucapiatur, sed eos modos non enumerat, nec nobis enumerare placuit, ne alias rudis, & infirmus animus studiosi multitudine, & varietate rerum nimium oneretur. §. 2. *Inst. de J.* & *J.*

§. Quid

§. Quid Autem. 7.

Viso, quomodo res mobiles alienæ in aliquem sine vitio furti transferantur, ostendit modò Imperator, quomodo possit res immobilis aliena sine vitio ad alium devenire; pro cujus intellectu figuratur talis

Casus.

Titius, peregrè profectus, fundum 46 quemdam vacuum reliquit, aut præsens nullam ejus curam habuit, aut denique sine successore decessit: Cajus in fundi possessionem intrat. Q. An ipse Cajus possit præscribere? ℟. *negat.* Quia intelligit, fundum alienum esse, quem occupavit; quod enim tuum non est, scire debes, ad alium pertinere, *l. fin Cod. unde vi.* Sed quid, si Cajus Cornelio fundum vendiderit, poteritne Cornelius præscribere?

Decidit *Imperator* quòd *sic*, & quidem longo tempore, *text. hic.* & in *l.* 37. §. 1. *ff. h. t.* Ratio est in textu, iste fundus neque furtivus est, neque vi possessus. Non furtivus, quia rei immobilis non fit furtum, §. 2. *Inst. de oblig. quæ ex delict.* Non vi possessus, quia ex supposito Cajus neminem dejecit de possessione fundi. *Manz. hic. Wesemb. n.* 4.

Dices: Mala fides antecessoris successori particulari nocet, ita, ut non præscribat nisi 30. annis, *auth. malæ fidei Cod. de præscrip. long. temp.* ergo saltem Cornelius non præscribit longo tempore.

℟. I. Aliquos velle per *d. auth. malæ fidei*, hujus §. correctionem factam esse. *Ludwell. num.* 2. *hic.* ℟. II. Nostrum §. intelligendum esse de eo casu, quo Cajus in possessionem fundi, sciente domino, ingressus est, ita, ut sensus *d. auth. malæ fidei*, talis sit: Mala fides antecessoris successori particulari nocet quoad præscriptionem ordinariam, si dominus ignoraverit, alienationem rei suæ in alterum factam esse; secus, si sciverit. Vide, quæ infra §. 12. *h. t.* scripsimus.

§. Aliquando

Dictum est in §. *h. t.* res furtivas, aut 47
vi possessas longo tempore usucapi non posse. *Hic* ponitur limitatio, *nisi in potestatem domini reversa fuerit*: nam si res in potestatem domini reversa fuerit, vitium purgatur, & usucapio procedit. *text. hic. Manz. hic.*

Requiritur autem, ut eodem modo res revertatur, quo ablata est, i. *e.* gratis. Hinc, si mihi auferatur codex meus, quem a possessore bonæ fidei ex defectu dominii probationis debui mercari, vitium non purgatur. *l.* 4. §. 12. *ff. h. t. Harp. hic. Franzkius Inst. n.* 7.

§. Res Fisci 6.

Inter cæteras, quæ usucapionem respuunt, refert *Imperator* etiam *res Fisci*, 84
circa quas, ut accuratè procedamus, adhibenda est talis distinctio, aut loquimur de bonis, incorporatis Fisco, aut nondum incorporatis? Bona prioris generis, sive mobilia sint, sive immobilia, non præscribuntur longi temporis præscriptione, *text. hic.* præscribuntur tamen longissimo tempore, puta 30. vel. 40. annorum spatio, *arg. l. omnes* 4. *Cod. de præscrip.* 30. *vel* 40. *ann.* ubi dicitur, nullum Jus privatum, vel publicum esse, quòd 40. annorum silentio non extinguatur. *Pirrhing. ad Jus Canon. h. t. sect.* 3. §. 4 *n.* 105. *Covar. in c.* 2. *de R. J. in* 6. *p.* 2. §. 3. *num.* 16. *Schneid. n.* 41. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 15.

Jure Austriaco Regalia Principis, & res Fisci immobiles non præscribuntur, nisi centum annis. *N. Oe. Lands-Ord. lib.* 2. *Tit.* 31. §. 20. *Sutting. in Manuscript. lit. Verjahrung.*

Bona,

Bona, nondum incorporata Fisco, seu bona vacantia, iterum vel sunt denuntiata fisco, vel non. Si non sunt denuntiata Fisco, forté, quia mortuus quis est sine hærede, idque fisco intimatum non est, tunc contra fiscum currit præscriptio ordinaria, puta in rebus mobilibus triennalis; in rebus veró immobilibus decennalis, *l. quamvis* 18. *ff. h. t.* Ratio, quia bona vacantia, fisco nondum denuntiata, naturam privatorum retinent. *Manz. n.* 9. *Harp. n.* 4.

Si bona sunt denunciata fisco, & fiscus ea occupare neglexit, tunc ea præscribuntur adversùs fiscum quadriennio. *text. hic. l.* 1. *Cod. de quadrien. præscrip. l.* 10. *ff. de divers. & temp. præscript. Schneid. num.* 41. *Pirrhing. loc. cit. n.* 105. *Schamb. hic. Clariss. D. P. Konig. n.* 17. & *communiter omnes.*

§. NOVISSIME. 10.

Postquàm *Imperator* multa hactenus de requisitis usucapionis disseruit, jam quasi in compendio, priora repetit, & dicit, ad præscriptionem necessarium esse, ut res ipsa, de qua præscribenda agitur, non habeat vitium, ac bonâ fide acquisita, & possessa sit; de quibus hucusque satis dictum. In specie,

94 Q. VIII. *An Juri luendi pignoris præscribi possit?* Ut in accerrimo hujus *Controversiæ* conflictu tela prævisa minùs officiant, tenaciter

Nota! Creditor, qui in securitatem crediti pignus accepit, solutô debitô, illud restituere debet, atque in eam rem prodita est debitori actio directa pignoratitia, *tot. tit. ff. & Cod. de pignorat. act.* Cùm autem debitor actione pignoratitia efficaciter experiri nequeat, nisi totô debitô exsolutô, quæsitum est, an Jus illud, quod debitor habet, offerendi scilicet pecuniam, & sic pignus luendi, præscriptione 30. vel 40. annorum tollatur?

Negant *Zoës. ff. h. t. n.* 41. *Harp. princip. Inst. h. t. num.* 183. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 22. *th.* 2. *quæst.* 15. *Arumæ. Exercit.* 6. *th.* 9. *Pirrhing. ad Jus Canon. h. t. n.* 17. *Zanger. de Except. p.* 3. *cap.* 10. *num.* 190. *P. Engel. ad Jus Canon. h. t. num.* 9. *Gail. lib.* 2. *obs.* 18. *n.* 6. *Mynsing. cent.* 6. *obs.* 70. *num.* 20. ubi hanc *Sententiam* testantur in *Camera Imperiali* receptam esse.

Affirmant *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 22. *th.* 3. *lit. l. Vinn. select. quæst. lib.* 2. *cap.* 6. *Tuschus tom.* 6. *conclus. pract.* 593. *n.* 1. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. num.* 10. *Wesem. in paratit. ff. de rescind. vend. ult.*

Prima Sententia probatur I. hac efficaci ratione: quia actio præscriptione non potest tolli, antequàm nata sit, *l.* 1. *§. ult. ℣. Nisi ex quo actionem movere potuerint. Cod. de annal. excep.* Non entis enim nullas qualitates esse, in propatulo est. *l.* 4. *ff. locati l.* 116. *ff. de V. O.* atqui pignoratitia actio non nascitur tempore contractûs, aut conventionis de pignore constituendo, sed tum demum, cum debitor pignus repignoravit, *h. e.* creditori pecuniam debitam solvit, vel alio modo satisfecit, *l.* 9. *§.* 3. *ff. de pignorat. act.* & *l.* 11. *Cod. eod.* ergó creditor huic actioni ante solutionem, à debitore factam, præscribere non poterit.

Non *Obstat*, quod ab Antagonistis contra hanc rationem regeritur, scilicet, natam esse hanc actionem pignoratitiam statim, atque pignus contractum est; quia statim atque debitor pignus tradit, sibi reservat Jus luendi illud, atque adeó ratione tantùm effectûs ut efficaciter actio ista possit intentari, post solutionem nasci videtur, argumentô simili in actione ex empto, quæ statim, atque de re, &

merce conventum, quoad substantiam, sive (ut ajunt) quoad actum primum, nata est, licét, antequàm pretium offeratur, emptori denegetur, *l. 13. §. 8. ff. de act. emp. & vend.* Non (inquam) hoc *obstat.* R. enim diversam esse causam pignoris, quam emptionis venditionis, quia simul, atque de merce, & pretio conventum est, statim oritur actio empti, & venditi, nec quid aliud requiritur. Contra veró, si pignus contractum est, non oritur statim actio pignoratitia, sed demum post solutionem. Non mirum proinde, quód actioni ex empto statim currat præscriptio, quoniam nata est; secus autem fit in actione pignoratitia. Enim veró hæc ante solutionem nata non est, quam ipsam solutionem præviam ad sui nativitatem essentialiter requirit, ita, ut priús Jus luendi non habeat.

Probatur II. Quia in tali præscriptione tria requisita præscriptionis substantialia deficiunt, puta, possessio, titulus & bona fides; *Possessio*, quia creditor alieno nomine possidet. *l. 12. ff. de Usurp. & Usucap.* qui autem alieno nomine possidet, non præscribit, *l. 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Nec contra est, si *dicas*, creditorem voluisse sibi possidere, quoniam trita regula est, sibi ipsi causam possessionis neminem mutare posse, *l. 3. §. 19. l. 18. l. 19. §. 1. ff. de acquir. vel amit. poss. Titulus* quód deficiat, patet, quia pignoris titulus non est dominii translativus, *l. 15. §. 2. ff. qui satis dare cog. Bona fides* quód deficiat, luculentum est, cúm creditor sciat, se rem alienam possidere. Sané, si fingas, creditorem habere bonam fidem *i. e.* rem, ut suam possidere, & esse in quasi-possessione, in qua constituitur, si pignus petitum sit, ille autem dixerit, id ad se pertinere, & debitor acquieverit, ultró lubenter concedo, 30. vel 40. annis Juri luendi pignoris præscribi; adesset enim bona fides, & possessio; titulus veró quód deficiat, non refert, cúm in præscriptione longissimi temporis non requiratur.

Probatur III. Quia ea, quæ meræ facultatis sunt, nullo unquam tempore præscribuntur, *l. 2. ff. de via publica l. 26. ff. de damno infecto. c. 25. X. de V. S.* Sic is, qui aliquot annis Ecclesiæ, aut Hospitali cuidam certam pecuniæ quantitatem pro eleemosyna liberé donavit, cogi non potest, ut imposterum similiter donet, *can. 61. causâ. 16. q. 1.* Item, si 40. annis continuis Molendinum meum frequentâsti, ut frumentum molares, non propterea possum prætextu præscriptionis te impedire, quo minús, si libeat, aliud Molendinum accedas. *Konig. h. t. n. 14. Pirhing. loc. cit. n. 17. Covar. in d. c. 2. p. 2. §. 4. n. 6.* Ratio, quia actus, & res meræ facultatis, quæ non præscribuntur, nisi prohibitio unius, & acquiescentia alterius interveniat, per quam quis constituatur in quasi possessione, de quo vide omnino *Pirrhing. loc. cit. Engel. n. 9. Laymann. Theol. mor. lib. 3. tit. 1. cap. 8. Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 3. lit. l. q. 15.* Atqui Jus luendi pignoris est res meræ faculatis; consistit enim in arbitrio debitoris, tempore, quo velit, pignus repetere, *ergo &c.*

Probatur IV. Quia non valenti agere, non currit præscriptio, veluti, si obligatio diem habeat, *l. 7. §. 4. Cod de præscript. 30. vel 40. ann.* & in specie, *l. 1. § ult. Cod. de annal. Except.* Ubi filio-fam. ideó, durante patria potestate, non currit præscriptio, quia, eâ durante, agere non potest, ergó etiam debitori non curret præscriptio, quia ante solutionem agere non valet.

Obj-

Obj. I. *L.* 3. *l.* 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Ubi generaliter rescribitur, omnem actionem, & omne Jus, sive privatum, sive publicum 30. aut 40. annorum spatio extingui; ergò tanto tempore extinguetur etiam actio pignoratitia, quia ly *omne* nihil excludit. *l.* 68. *ff. de legat.* 3. ℞. *dd. ll.* intelligendas esse de actione, & Jure, jam nato.

Obj. II. Creditor amittit actionem hypothecariam 40. annorum spatio. *l.* 7. *Cod. de præscript.* 30. *annor.* Ergò & debitor intra 30. vel 40. annos amittit actionem pignoratitiam; statutum enim in uno correlativorum, statutum quoque in altero intelligitur. *l. ult. Cod. de indict. vidiut.* ℞. *d.* Axioma procedere, quando est eadem ratio correlativorum; in nostro autem casu est diversa ratio. Enim vero actioni hypothecariæ, creditori competenti, præscribitur quia jam nata est; nascitur enim statim, quando hypotheca contrahitur. *l.* 3. *Cod. de long. temp. præscript.* At, actionem pignoratitiam ante solutionem nasci, nemo, nisi qui negat lucem in meridie, asserit.

Obj. III. *L. ult. Cod. de pignorat. act.* ubi expresse cavetur actionem pignoratitiam, debitori competentem, non perimi longi temporis præscriptione; *ergò* videtur extingui longissimo tempore. ℞. *d. l. ult.* esse intelligendam de actione pignoratitiâ jam nata.

Obj. IV. Juri offerendi potest præscribi longissimo tempore, *l.* 9. §. 3. *de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* ergò & luendi pignoris. ℞. *con. ant. neg. conseq.* quoniam Jus offerendi (quod habet secundus creditor, qui primo creditori debitum solvere, & causam pignoris sibi confirmare potest) natum est secundo creditori. Vide *Perez in Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. num.* 7. & 8.

Obj. V. Juri retrovendendi 30. annorum spatio præscribitur; *ergò* etiam Juri luendi pignoris. ℞. *Antec.* esse falsum, & teste *Mynsing. cent.* 1. *obs.* 26. *in camera Imperiali* contrariè decisum fuisse. Ratio evidens est, quia is, qui in mala fide est, nullô unquam tempore præscribit; atqui emptor, qui promisit, quandocunque revendere, cùm sciat, se ad retrovendendum obligatum esse, est in mala fide constitutus, *ergò* non præscribit. Vide, latè de hac re differentes, *Harp. prin. Inst. h. t. num.* 197. *Gomez. tom.* 3. *resolut. cap.* 2. *num.* 28. *Treutl. vol.* 1. *disp.* 28. *th.* 10. *lit. A. Fach. lib.* 2. *cont. cap.* 13.

Q. IX. *An annuis præstationibus, & reditibus* (*jährlichen Zinss und Gülten*) *præscribi possit? v. g.* an emphyteuta, qui 30. vel 40. anni canonem non solvit, nec à domino directô ad præstationem interpellatus est, libertatem præscribat, non solvendi canonem in tempus futurum?

In ancipiti hujus arduæ (utilissimæ tamen) *controversiæ* conflictu *tres* sunt *DD. Opiniones.*

I. Est eorum, qui existimant, in annuis reditibus, sive præstationibus Jus exigendi 30. annorum spatiô tam quoad futuras, quàm quoad præteritas extingui. Ita *Barth. in l.* 6. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. Schurpff. consil.* 10. *Menoch. consil.* 49. *num.* 20. *Vasq. controv. illust. lib.* 2. *cap.* 83. *num.* 38. *Schneid. Inst. h. t. num.* 14. *Zanger. de except. p.* 3. *cap.* 10. *n.* 188. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 22. *th.* 3. *lit.* I.

II. *Sententia distinguit*, an annuæ præstationes descendant ex contractibus, an verò ex legatis. In priori casu subscribunt primæ opinioni. In posteriori docent, 30. annorum decursu præteritas tantummodò pensiones præscribi.

III. *Sententia* [cui *Ego* quoque adstipulor] docet singulorum annorum singulas esse præscriptiones;ita, ut illæ duntaxat præstationes præscribantur, respectu quarum 30. ann. lapsi sunt, non verò futura, nullâ factâ differentiâ inter pensiones ex contractu, vel ex legato debitas. Ita intrepidé sustinent *Harp. princ. Inst. h. t. num.* 17. *Zoes. ff. h. t. num.* 44. *Hunn. ad Treutl. loc. cit. quæst.* 16. *Berlich. part.* 2. *concl.* 4. *n.* 10. *Mynsing. cent.* 3. *obs.* 13. *Gail. lib.* 2. *obs.* 73. *num.* 1. Ubi hanc sententiam in Camera Imperiali multis præjudiciis confirmatam esse, testatur.

Ratio, quare singulorum annorum singulæ debeant esse præscriptiones, sive (ut luculentiùs tibi loquatur) quare debeant esse tot præscriptiones, quot sunt actiones, est hæc, quia singulis annis oriatur nova actio, cùm singulis annis, quod promissum est, præstandum sit; ergó singulis annis opus est novâ præscriptione, quâ actio noviter nata extinguatur.

Ratio veró, quare respectu futurarum præstationum non currat præscriptio, communiter adducitur hæc; quia pro futuris annis actio nondum nata est: *ergò* huic præscribi non potest, non entis enim nullas esse qualitates, in propatulo est. *arg. l.* 2. *ff. de usufr.* & *l.* 116. *de V. O.*

Ratio alia, & (meó exiguó judició) per quàm solida, adducitur à *Berlichio loc. cit.* Quia præscriptio sine possessione non procedit, *l.* 25. *ff. de usucap. c.* 3. *de R. J. in* 6. Debitor autem annuarum præstationum, ratione sequentium annorum, & futurarum præstationum, in quasi possessione non est. *text. in l.* 2. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Ergó:

Accedit *differt. text. in l. cùm notissimi* 7. §. 6. *Cod. d. t.* his verbis: *In his promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum præscriptionum, non ab exordio talis obligationis sed ab initio cujusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari, manifestum est.* En! dicitur I. *promissionibus vel legatis.* Unde sequitur inter præstationes annuas *ex contractu*, *vel ex legato* debitas, nullam adhibendam esse distinctionem. Dicitur II. *Tempora ab initio cujusque anni, vel mensis computari.* Unde *colliges*, singulorum annorum singulas esse præscriptiones.

Facit etiam huc *l.* 28. *ff. quib. mod. usus-fruct. amitt. Si usus-fructus alternis annis legatur, non potest non utendo amitti, quia legata sunt.* Sicut ergó in annuis legatis usus-fructus non unâ præscriptione tollitur, sed necesse est, ut tot interveniant præscriptiones, quot anni, ita etiam in canone solvendo non una præscriptio sufficit, sed tot debent esse præscriptiones, quot sunt annuæ præstationes.

Non *adversatur* I. Quód in annuis præstationibus pro toto tempore agi possit, *l.* 1. *Cod. de fideicommiss.* Ergó etiam præscribi. Enim veró id, abbreviandarum litium causâ, concessum est; absurdum enim foret ratione cujuslibet præstationis peculiarem processum instituere.

Nec *refragatur* II. *l.* 26. *Cod. de usuris.* Ubi dicitur, quód debitor 30. annis liberetur ab usuris; ergó, sicut pro toto tempore in usuris currit præscriptio, ita etiam in annuis præstationibus, currat necesse est: sicuti enim in his singulis annis demum nascitur actio, ita etiam in usuris. R. Enim, propterea debitorem liberari ab usuris, quia tantum fuit obligatio accessoria; cùm ergó *d. l.* 26. loquatur de eo casu, quo principalis obligatio

gatio sublata est, ideò etiam usuræ tolluntur, quia tamquam accessorium, sequuntur suum principale. Secùs est in annuis præstationibus, quæ tamquam principale debitum solvendæ per se subsistunt.

Minùs *Obstat* III. Dum ita *insurgis*: *Si* obligatus quis fuerit in certo genere monetæ, vel frugum, pensionem annuam solvere, & 30. vel 40. annorum spatio in alio genere, minùs valoroso, solverit, contra primam obligationem præscribit, & in futurum non tenetur annuam pensionem in alia moneta solvere, quàm per 30. annos solvit, *can. olim. causa* 20. *de cens.* ergò etiam, si canon omnino solutus non sit, inposterùm solvendus non erit. ℞. I. *antec.* vehementer dubium esse; contrarium enim propugnat. *Gail. loc. cit.* ℞. II. *Ex Hunnio loc. cit.* quòd ideò liberetur debitor à solutione in meliori moneta, qui per aliquot annos solvit in deteriori; quia dominus directus per tacitum pactum solutionem in meliori moneta censetur remisisse, adeóque non se defendit tam Jure præscriptionis quàm remissionis. Aliter *Chlingensp. Inst. h. t. q.* 24.

§. Error. II.

51 Dictum *suprà* ad II. præscriptionis Requisitum, quód titulus putativus ad præscriptionem longi temporis non sufficiat; ex ratione quia plus est in veritate, quàm in opinione, & falsa existimatio rei veritatem non immutat, §. II. *Instit. de legat. l.* 6. *ff. ad municip.* Unde si quis bona fide rem aliquam longó tempore possederit, ratus rem sibi donatam esse, posteà autem, si opponat exceptionem præscriptionis, suumque titulum exhibere velit, appareat, rem ei non donatam, sed venditam, vel ex alia causa traditam esse, præscriptio nihil valet. *text. hic.* & *in l.* 27. *ff. h. t. Manz. num.* 3. & 4. *Schneid. n.* 28.

Dicta procedunt, si error falsæ causæ consistat in facto proprio; hic enim duntaxat error præscriptionem longi temporis excludit; error enim in facto proprio in Jure dicitur esse intolerabilis. *l.* 7. *ff. ad S. C. Vell.* Unde, si error descendat ex facto alieno, præscriptio longi temporis sortietur locum, veluti, si ab hærede res quasi legata mihi tradita sit, quæ tamen legata non est. *l.* 3. *l.* 4. *pro suo Harp. num.* 2. vel si dicas ad me, trado tibi librum, quem tibi antè promisi; & *ego* non recordor tuæ promissionis; sed solummodò persuasioni, & assertioni tuæ credo, hoc in casu procedit ordinaria præscriptio, *Wesemb. n.* 2. *hic Schneid. n.* 39. *Mynsing. n.* 3. Ratio, quia error consistens etiam in facto proprio non impedit præscriptionem ordinariam, si concurrat persuasio alterius, *l. pen. ff. pro suo.* & *l.* 3. *ff. pro suo.* Ratio rationis, quia error facti alieni tolerabilis est; *l. fin.* §. 1. *ff. pro suo Schamb.* §. 5. *Inst. hic. Pirrhing. loc. cit. n.* 64.

Dices: si mihi rem, quasi venditam, quæ vendita non est, tradas, licèt egò persuasioni tuæ fidem adhibeam, pro emptore tamen non possum præscribere, *l. pen. ff. h. t. l.* 2. *ff. pro emptore.* Ergò error in facto proprio impedit usucapionem, tametsi persuasio alterius accesserit. ℞. juxta omnes DD. id speciale esse in contractu emptionis venditionis.

Ratio specialitatis est, quia in contractu emptionis venditionis requiritur bona fides duplici tempore, scilicet conventionis & traditionis; in aliis verò contractibus sufficit unum tempus, nimirum traditionis, *d. l. pen.* Jam verò, si emptio venditio non præcesserit, quam tamen præscribere volens præcessisse existimat, non habet probabilem causam

 erroris

erroris, facilè enim scire potest, emptionem venditionem præcessisse, cùm pretium ipsi solvendum sit. Vide *Harp. n. 2. Schamb. hic.*

§. DIUTINA. 12.

52 *Q. An & quando bona fides prosit, vel mala fides noceat successori in ordine ad præscriptionem?* Ut certa ab incertis, & clara ab obscuris methodicè secernantur, sequitur.

Assertio I. Bona fides antecessoris prodest successori tam *universali* quàm *particulari.* Successor autem universalis dicitur, qui defuncti personam repræsentat, & in *universum Jus* ejus succedit. Particularis, qui ex titulo singulari, puta *empti, donati, venditi &c.* rem ab altero consequitur.

Unde sua sponte fluit, quòd si Titius agrum alienum bonâ fide, & justô titulô possederit per 7. annos, posteà decesserit, & me hæredem scripserit, vel illum fundum legaverit, vel in vivis vendiderit, ego istum agrum per triennium possim præscribere, *text. hic.* & *l. 14. ff. de diverſ. & temp. præscript.* Ratio est, quia antecessor, transferendo rem in alterum, simul etiam transfert totum jus, quod in re illa habuit. *Manz num. 4. Schneid. num. 55. Harp. num. 2.* Concordat *Jus Auſt. N. Oe Land-Tafel. tit. 135.*

Ampliatur, ut bona fides antecessoris successori prosit, etiam hic incipiat esse in mala fide, *text. hic.* Ratio, quia de Jure civili bona fides ab initio duntaxat præscriptionis desideratur. *Mynsing. hic. Manz. n. 25.* Secùs est de Jure Canonico, *c. 2. de R. J. in 6. Schamb. §. 7. Inſt. hic.*

35 *Assertio* II. Mala fides antecessoris successori particulari, in bona fide existenti, nocet in præscriptione longi temporis, non autem longissimi. Hinc fundum, quem Titius malâ fide detinuit, & possedit, ego veró bonâ fide à Titio emi, longô tempore non possum præscribere, bené veró longissimô; & ita sancitur in *auth. malæ fidei. Cod. de præscript. long. temp.* His verbis: *Malæ fidei possessore alienante, cessat longi temporis præscriptio, si verus dominus Jus suum ignorat.* Itaque de Jure novo successor particularis rem, quam antecessor malâ fide possedit, non præscribit, nisi longissimo tempore. *d. auth. malæ fidei.* & *Nov. 119. cap. 7.* Aliud de Jure antiquo obtinuit, quo mala fides antecessoris successori non nocuit; ita, successor à se inchoare, & præscriptionem tempore ordinariô complere potuerit, *l. 5. ff. de diverſ. & temp. præscript. P. Engel. ad Jus Canon. h. t. n. 16. Pirrhing. n. 66.*

Limitatur I. ut *d. Auth. Malæ fidei* locum non habeat, si sciente domino res alienata sit, & dominus novum possessorem toto tempore non convenerit; hoc enim casu procedit longi temporis, & ordinaria præscriptio. *P. Engel. d. loc. Schneid. num. 66.*

Limitatur II. si antecessor non fuit in vera, sed ficta mala fide, ut ecce! hæres, qui res, à defuncto malâ fide possessas, bonâ fide apprehendit, & rursus in alium bonæ fidei possessorem alienavit, hic ordinario tempore præscribit, quia *d. auth. malæ fidei* loquitur tantùm de successore singulari immediato, non mediato. *Oblingensp. 12. ob 1. Ludwel. Inſt. h. t. §. 2. Zoëſ. ff. h. t. n. 61. Covar. in c. 2. de R. J. in 6. p. 2. & 9. n. 6. Pirrhing. ad Jus Canon. h. t. num. 79.*

Assertio III. mala fides defuncti successori universali, sive ex testamento, sive ab intestato venienti, ita nocet, ut neque præscriptionem à se inchoare, neque longissimô tempore præscribere possit. Ita *Iacb. lib. 1. cap. 66. & l. 8. c.* 54

27.

27. *Zoës. loc. cit. n. 62. Schneid. num. 68. Covar. loc. cit. n. 9. P. Engel. loc. cit. n. 16 Dissent. Vasq. illust. controv. lib. 2. cap. 73. n. 9.*

Ratio, quia hæres repræsentat personam defuncti & universum ejus Jus succedit, adeóque censetur eandem fidem habere, quam defunctus habuit, cùm hæres & defunctus una eadémque persona sit; sicut ergo defunctus cum mala fide nullô unquam tempore præscribere potuit, *d. c. 2. de R. J. in 6.* ita neque hæres ipsius.

Ratio alia: quia hæres tenetur ad exonerandam conscientiam defuncti; si ergó defunctus malam fidem habuit, tenebatur is domino rem restituere, quam si non restituit, hæres tenetur restituere, ut exoneret conscientiam defuncti.

Accedit, *l. cùm hæres 11. ff. de divers. & temp. præscript, cùm hæret in Jus omne defuncti succedit, ignoratione suâ defuncti vitia non excludit, nec usucapere potest, quod defunctus non potuit.* Item sancit. *l. vitia 11. Cod. de acquir. poss.* verbis: *vitia possessionum, á majoribus contracta, perdurant, & successorem authoris sui culpa comitatur. Pirrhing. loc. cit. n. 68. Fünsterwald. lib. 2. obs. 105. num. 66.*

§. FINAL.

55 Recenset *imperator* in hoc. §. singulare aliquod privilegium, fisco competens, pro cujus pleniori intellectu,

Quæstio consurgit: *quid juris, si quis á Fisco rem alienam emerit?*

℞. *Imperator* olim ex *Edicto*, & *Constitutione Divi Marci Imperatoris* cautum fuisse, ut, si quis emerit à fisco vel ejus procuratore rem quamdam, quam ipse credebat fisci esse, cum in rei veritate esset aliena, & post venditionem quinquennium præterierit, cæteris paribus, præscriptionis exceptione repellere potuerit, *l. ult. Cod. si advers. fis.*

Hoc privilegium posteà per *Constitutionem Zenonis* fuit extensum atque adauctum, ut si quis à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium justum titulum rem alienam bona fide acciperet, statim sine ulla præscriptione aut temporis lapsu dominium ejus consequeretur, & in omnem casum securus fieret, ita, ut nullâ actione conveniri posset. Ratio hujus privilegii nulla est alia nisi favor fisci; ut nimirum, stante hac securitate, faciliús emptorem rei fiscalis inveniret, hominesque ad contrahendum cum fisco magis allicerentur, *Manz. n. 1. 2. & 3.*

Sed, nunquid iniquitatem sapit, priorem dominum circa culpam suam re suâ privari? Habet ille licentiam usque ad quadriennium adversús fiscum intentandi actionem, quam si debito tempore non intentaverit, negligentiæ suæ habet, quod imputet, *l. 2. Cod. de quadrienn. præscript. Schamb. hic.*

Porro hoc privilegium, fisco competens, *Imperator Justinianus* in *l. ult. Cod.* confirmat, & iterum auget, dum constituit, ut & hoc privilegium in suis bonis patrimonialibus procederet; ita ut si quis aliquid à se de privato patrimonio, vel etiam ab Augusta, id est, uxore sua, emerit, statim securus sit, & a nemine molestari aut conveniri possit, *l. 3. Cod. cit. t. Harp. num. 3. Brunn. in d. l. Perez. in cod. d. t.* ubi sub *num.* 4. has constitutiones in desuetudinem abiisse, autumat, asseritque, possessorem, qui rem alienam à fisco, vel à principe emit, conveniri posse, tenerique laudare auctorem.

Dicta pro intelligentia *textûs* tibi sufficiant. Sequitur de *contrariis* usucapionis; contraria autem præscriptionis sunt modi, quibus præscriptio *vel non procedit, vel dormit, vel interrumpitur, vel rescinditur.* Non

59 *Non procedere* dicitur præscriptio, quando ob defectum alicujus conditionis requisitæ non potest incipere; ut si in præscriptione triennali aut decennali desit titulus, bona fides, aut possessio civilis. *Clariss. D. P. Konig. ad Jus Canon. n.* 53.

57 *Dormire* dicitur præscriptio, quando legitimé inchoata ob impedimentum supervenienns suspenditur, & quiescit, ita tamen, ut remotô impedimentô denuo procedat, possitque tempus subsequens continuari cum præcedente, deductô solô tempore intermediô inutili. Sic dormit I. tempore pupillaris ætatis, *l.* 10. *ff. quib. mod. servit. amitt. l.* 3. *Cod. de præscript.* 30.*vel* 40. *ann.* Hæc enim ætas facit, ut contra ipsum pupillum nulla inchoari possit præscriptio, *l.* 43 *ff. de A. R. D. Harp. num.* 8. §. *fin. h. t.* & inchoata sistatur, sive sit longi, sive longissimi temporis, *d. l.* 3. *Clariss. D. D Inst h. t. num.* 24. Concordat *Jus. Aust. N. Oe. Land-Tafel. tit.* 33. *Wider einen Pupill*, &c. i. e. *Contra Pupillum vel minorennem nulla currit præscriptio, donec Major evaserit, & sui juris sit.*

II. Dormit præscriptio tempore minorennitatis, *l.* 3. *Cod. quib. non objicit. long. temp. præscript. l. ult. Cod. in quibus caus. in integ. restit. non est necess. ar.* Contra minores enim non currit præscriptio ordinaria; sed toto illo tempore quiescit, ac non anté evigilat, quàm minor evaserit majorennis, *d. l.* 3. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* & *d. l. ult. Cod. d. t. Franz. loc. cit. num.* 25. & *num.* 44 Dixi *ordinaria*, quia præscriptio 30. vel 40. annorum currit etiam contra minores; ita tamen ut beneficiô restitutionis gaudeant. *Brunnem. in l.* 5. *Cod. in quib. caus. in integ. restit. necessaria non est n.* 8.

III. Dormit præscriptio tempore grassantis contagionis, sævientis belli, ac durantis hostilitatis, *c.* 10. ✠ *h. t.* Ratio, quia non valenti agere non currit præscriptio. *l.* 1. *Cod. de annal. except.* tempore autem prædicto nemo valet agere, cùm nemo sit, qui Jus dicat, ergó *Pirrhing. loc. cit. num.* 31. *Harp. n.* 11. Concord. *Jus Austriac. Land-Tafel lib.* 4. *tit.* 134. *doch wo ein Krieg*, &c. i. e. *Si tamen Bellum, lues, vel alia regioni universæ communis calamitas incidat in tempus currentis præscriptionis, ita ut Judicium sit ac clausa sint tribunalia, temporis illius ratio non habebitur, imo detrahetur ex annis possessionis.*

IV. Dormit præscriptio contra Ecclesiam, sede vacante, aut Prælatô excommunicatô, vel quomodocunque agere impedimentô. *c.* I. 14. & 15. ✠ *h. t. Konig. loc. cit. n.* 54. *Engel. ad Jus Can. h. t. n.* 34.

Interrumpi dicitur præscriptio vel naturaliter, vel *civiliter*. Naturaliter interrumpi dicitur præscriptio, si aliqua ex conditionibus requisitis deficiat, forté, quód *mala fides superveniat*, vel *possessio amittatur*. Quo in casu debet de novo inchoari præscriptio. Pulchré *Pirrhing. loc. cit. n.* 133. *Covar. in c.* 2. *de R. J. in* 6. §. 10. *n.* 2. Civiliter præscriptio interrumpi dicitur, quando Jus possidendi per actum aliquem Juridicum in dubium vocatur, quod fit per *citationem*, *litis contestationem*, maximè per *sententiam*, *l.* 10. *Cod. de acq. & retin. possess. Clariss. D. P. Konig. n.* 56. *Pirrhing. loc. cit. n.* 134. 58

Porró naturalis, & civilis interruptio, quantum ad effectum, duas notabiles habet differentias. I. Est, quód naturalis interruptio se habeat respectu omnium adversariorum, & absolute præscriptio interrupta sit, *l. naturaliter ff. h. t.* Civilis veró interruptio tantum se habet respectu illius, qui litem movit, unde si is non fuerit verus dominus, & interim

interim contra verum dominum tempus elapsum sit, erit præscriptio completa, quamvis ille, qui dominus non erat, circa eam rem litem instituerit, *l. 2. Cod. quib. res jud. non noceat.* II. Differentia est, quód possessio, & præscriptio, civiliter interrupta, tunc demúm maneat interrupta, si sententia condemnatoria contra possessorem sequatur: si veró possessor victoriam obtinuerit, vel per pactum aut transactionem à lite recessum sit, perinde tunc possessionis continuatio habetur, ac si lis mota non esset, *P. Engel. h. t. n.* 34. Ratio mihi videtur esse hæc, quia durante lite, possessor animum, rem ut suam habendi, semper retinet. Concor. Jus Aust. *lib.* 4. *tit. ult.*

Rescindi dicitur præscriptio, jam completa, quando adversus eam restitutio in integrum conceditur. Conceditur autem I. Minoribus intra quadriennium à die majorennitatis numerandum, *l.* 11. *Cod. si advers. usucap.* II. Ex causa necessaria & probabili; veluti reipublicæ, vel studiorum absentibus, de qua materiâ latiús *Digestis*. Interim vide *Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 59. & *Pirrhing. loc. cit. n.* 138. cæterosque ab his allegatos. 59

TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Definitur donatio.*
2 *Dividitur in propriam, & impropriam.*
3 *Quid sit donatio mortis causâ?*
4 *Qualis præsumatur in dubio esse donatio?*
5 *Quid intersit, an sit donatio inter vivos, vel mortis causâ?*
6 *Mortis causâ donatio fit tripliciter.*
7 *Quomodò revocetur?*
8 *Exequata est ferè per omnia legatis.*
9 *Recensentur requisita donationis mortis causâ.*
10 *Quid sit donatio inter vivos?*
11 *Quomodò perficiatur?*
12 *Excedens* 500. *solidos insinuari debet.*
13 *Limitatur in variis casibus.*
14 *De Jure Austriaco insinuatio donationis exolevit.*
15 *Quæ sunt justæ causæ revocandi donationem?*
16 *An jus revocandi transeat ad hæredes?*
17 *Quinam donare possunt?*
18 *Et quibus donare possit?*
19 *Donatio inter virum, & uxorem prohibita.*
20 *Limitatur in aliquibus casibus.*
21 *De Jure Austriaco donationes inter conjuges valent.*
22 *An donatio omnium bonorum valeat?*
23 *An ob graviores, vel æquè graves aliàs causas revocari possit?*
24 *An ob insperatam liberorum nativitatem revocetur?*
25 *Donatio propter nuptias quid sit?*
26 *Quid sit Morgengaba?*
27 *Quid sponsalitia largitas?*
28 *Si nuptiæ non sequantur, ad quem pertineant munera sponsalitia?*
29 *Quid sit proxeneticum?*

AD modos acquirendi dominii civiles spectat etiam *Donatio*, quæ ab *etymologia* nominis quasi donidatio dicitur, & *definitur* quód sit actus quo liberalitatem erga alterum acceptantem exer-

cemus, *l. 29. ff. h. t. l. 82. ff. de R. J.*

2 *Dispescitur* in *propriam* & *impropriam.* Illa est, qua aliquid in alterum, ex motivo meræ liberalitatis absolutè, & irrevocabiliter conferimus, *l. 1. ff. h. t.* Hæc est, qua aliquid in alterum, ob aliquam causam, non irrevocabiliter conferimus. Hûc spectat *donatio mortis causâ, donatio remuneratoria, donatio propter nuptias, donatio sub modo, &c. Clariss. D. D. Franz h. t. n. 1. Zoës. ff. h. t. n. 1.*

§. Mortis Causa I.

3 I. Locô *Imperator* agit de donatione mortis causâ, quæ *definitur*, quod sit *actus, quo intuitu secuturæ mortis in alterum acceptantem aliquid conferimus.* Germanicè dicitur: *Eine Ubergab so auf den Todt-Fall gerichtet ist.*

Dixi: *intuitu secuturæ mortis*, quia, ut sit donatio mortis causâ, principaliter requiritur, ut in ea fiat expressa mentio mortis; alioquin habetur pro donatione inter vivos, licèt ab agonizante fiat. Hinc, quamvis aliquis, in extremis, & articulo mortis constitutus, donet; si tamen non dicat, se mortis causâ donare vel non faciat mentionem mortis expres-

4 sam. In dubio præsumitur, & intelligitur esse donatio inter vivos, *l. 42. §. fin. ff. de donat. mort. causâ.* Ratio, quia, qui simpliciter & absolutè donat, non tam mortis causâ, quàm moriens donat, *Manz. n. 4.* & mors videtur potiùs esse causa impulsiva quàm finalis. *Brunnemn. in d. l. 42. n. 5.*

Sic pariter, donatio inter vivos esse intelligitur, quando mortis quidem mentio facta est; sed solummodò per modum dilationis, *v. g.* dono tibi omnia bona mea reservatò usu-fructu usque in tempus mortis *Menoch. lib. 3. præsumpt. 35. n. 4. Fünfferwald. lib. 4. obs. 20. n. 18. Stuting. in man. Script. lit. D. ỳ. Donatio.* ubi ait, si quis ita dixerit: *dono tibi centum præstanda post mortem*: de Jure quidem communi censeri donationem inter vivos, prout debet, *Fachin. lib. 5. cont. 22. De Jure* verò *Austriaco* decissum fuisse, esse donationem mortis causâ. Sed

Q. I. *Quid referat, an sit donatio inter vivos, an verò mortis causa?* ℞ multum referre. I. Quia donatio mortis causâ est revocabilis usque ad extremum vitæ spiritum; donatio verò inter vivos, semel perfecta revocari non potest, *§. 2. Inst. hic.* II. Donatio inter vivos si excedat 500. solidos, debet insinuari, *l. 25. §. sancimus. & l. 35. Cod. de donat.* III. Pro donatione mortis causâ competit Rei vindicatio, actio hypothecaria, & actio personalis ex testamento, *arg. text. hic.* ubi donatio mortis causâ in omnibus ferè dicitur legatis exæquata; pro donatione inter vivos competit condictio ex lege. *Fünfferwald. loc. cit. n. 5. Chlingensp. Inst. h. t q. 5. Schneid. n. 3.* 5

Porrò donatio mortis causâ fit tripliciter. I. Cum quis, nullo præsentis periculi metu conterritus, sed solâmortalitatis cogitatione donat; fortè, quia intelligit, humanum esse mori, & mortem certam, horam verò incertam: & hæc est prima species donandi mortis causâ, circa quam singulariter notandum, quòd tametsi alias donatio, mortis causâ, per reconvalescentiam, vel cessationem periculi ipso Jure resolvatur, & revocetur, *l. 19. l. 24. l. 35. §. 3. ff. de mort. caus. donat.* hoc tamen de hac specie donandi mortis causâ non procedit, adeóque non resolvatur donatio; licèt posteà in infirmitatem inciderit, & ex ea reconvaluerit: ratio, quia non cessat tunc causa, propter quam donavit: quoniam is, qui sanus, & integræ valetudinis solâ cogitatione mortalitatis donat, non propter illam infirmitatem in quam incidit, donavit, sed propter mortem 6

mortem, quam scit se evitare non posse, quæ causa adhuc subest. Ita *Schneid. n.* 3. *Mynsing. n.*4 *Manz n.*11.

II. Fit Donatio mortis causâ, cum quis, imminentis periculi metu conterritus, ita donat, ut res statim fiat accipientis, sed sub conditione resolutivâ, *v. g.* si quis sit infirmus, ita ut, ex ea infirmitate se moriturum credat; vel, si quis aggressus est periculosam navigationem, aut iter infestum feris, latronibus, Hostibus &c & ita donet, ut statim rem donatam tradat donatario.

7 Circa hanc donationem Juris est, quòd quidem illa statim perfecta sit, & dominium transferatur in donatarium; sed eveniente conditione, si scilicet Donator præsens periculum evaserit aut ex ægritudine reconvaluerit, statim ipso Jure resolvatur, & res donata ad Donatorem revertatur, *l.* 1. & 2. *ff. de R. C. l.* 12. *ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Ratio est in *textu hic.* quia Donator censetur ita donâsse, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet, & retineret is, qui accepit; sin autem supervixisset, ipse reciperet. *Manz. n.* 16. *Harp. n.* 68. *Schneid. n.* 5. *Gomez. var. resolut. tom.* 2. *c.* 4. *n.* 19.

III. Fit donatio mortis causâ, cùm quis, periculi metu perculsus, ita donat, ut res donata non statim fiat accipientis, sed tunc demum, cùm mors insecuta fuerit; & hæc donatio morte demum perficitur, ita ut, cessante, & superatô periculô, non tam resolvi dicatur, quàm fieri nulla, & inutilis. *Mynsing. num.* 3. & 4. *Manz. num.* 17. *Franzkius Inst. hic. num.* 7. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 19. *th.* 9. *lit. G.* & *H.* Ratio, quia conditionalia ex eventu conditionis pendent, & conditione non existente, perimuntur, *l.* 8. §. *quòd si ff. de peric.* & *commod. rei vendita.*

AD ℣. VEL SI EUM.

Vidimus, quomodò donatio mortis causâ, per convalescentiam revocetur. In *hoc.* ℣. traditur, quòd etiam per pœnitentiam revocetur, & resolvatur: ratio, quia donatio mortis causa est species ultimæ voluntatis, *text. hic* atqui ultima voluntas est revocabilis usque ad extremum vitæ spiritum, *l.* 23. §. 3. *ff. de donat. int. vir.* & *ux. l.*4 *ff. de adimend. vel transferend. legat.* Ergò &c. *Schneid. num.* 22. *Manz. num.* 29. Et hoc procedit de omnibus tribus speciebus quoniam omnes tres species æquiparantur ultimis voluntatibus. *Schamb. hic.* ℣. *Quæres* 4. *Wesemb. in paratit. ad ff. h. n.* 7.

AD ℣. AUT PRIOR.

III. Revocatur donatio, quando donatarius priùs moritur, quàm donator, *l.* 23. *ff. de mort. caus. donat.* Ratio, quia legata, quæ relinquuntur in ultima voluntate, non debentur, si præmoriatur is, cui relicta sunt, *l. un. Cod. de caduc. tollend.* Ergó idem de donatione mortis causâ asserendum erit, utpote quæ ad exemplum legatorum redacta est. *Text. hic. Wesemb. Inst. h. t. n.* 4. *Franz. n.* 9.

AD V. HÆ MORTIS.

De Jure antiquo dubitatum fuit, num donatio mortis causâ esset species contractûs, num ultimæ voluntatis? Hodie autem, explosâ illa dubitatione, ab *Imperatore* statutum est, ut donatio mortis causâ, *ferè* per omnia legatis æquiparata sit, *text. hic*, & *l. ult. Cod. de donat. causâ mort.*

Verùm cùm *textus* dicat, donationem mortis causâ *ferè* legatis connumerari, ideó ut pleniùs intelligatur, in quo conveniant, & in quo 8

 diffe-

differant, res seriò tractanda est. Itaque convenit donatio mortis causâ cum legatis, I. quòd sicut in legatis & qualibet ultimâ voluntate (exceptò testamentò) ad minùs 5. testes requiruntur; ita quoque in donatione causâ mortis. *l. ult. Cod. de donat. cauſ. mort.* II. Sicuti legata morte Testatoris confirmantur, ita quoque hæc donatio: & sicuti illa usque ad extremum vitæ spiritum revocari possunt; ita & hæc. III sicuti de legatis detrahitur Falcidia, ita quoque de donatione mortis causâ, *l. 5. l. 12. l. 18. § fin. Cod. ad leg. Falcid.* Plures affinitates enumerat *Schneid. n. 4.*

Differt donatio mortis causâ à *legatis*. I. Quòd legatum absenti & ignoranti relinqui possit: in donatione mortis causâ veró requiratur tam donatarii, quàm donantis præsentia, & acceptatio, *l. 38. ff. de donat. mort. cauſ.* II. Quòd filiusfamilias, licèt testari nequeat, possit tamen cum consensu patris donare mortis causâ, *l. tam is 25. §. 1. ff. eod.* III. Quòd donatio mortis causâ nudâ morte donatoris confirmetur, valor legatorum pendeat ab aditione hæreditatis. *Schneid. loc. cit. & Vinn. Inſt. hic. n. 3.* ubi plures differentias recenset.

Ex versiculis, nostro §. subjunctis *D D. colligunt*, quod authoritates Poëtarum, & Historicorum ad confirmationem dicendorum quandòque allegare permissum sit, sed, quidquid sit, tu, velim, utiliora colligas, nimirùm ad donationem mortis causâ requiri sententia.

9 I. Ut in ea fiat mentio mortis, vel alterius periculi, ita ut mors non tantùm sit causa impulsiva, sed finalis; aliàs censetur donatio inter vivos, *l. Sej. 42. §. 1. ff. de mort. cauſ. donat. Funſterwald lib. 4. obſ. 20. n. 9. Conſil. Argentorat. tom. 2. conſil. 2. n. 24.* II. Ut præsens sit tam donator, quàm donatarius; nam mortis causâ donat, qui præsens præsenti & acceptanti donat, *d. l. 38. ff. de mort. causâ donat.* Sanè, donationem mortis causâ etiam per nuntium, vel Epistolam absenti fieri posse, communiter obtinet; modo tamen ab absente acceptetur.

Nec obstat, quod *d. l. 38.* expresè dicat: *qui præsens præsenti donat*: nam & is qui per nuntium vel epistolam donationem acceptat, præsens esse intelligitur. Illud tamen *nego & pernego*, donationem, mortis causâ absenti, & ignoranti fieri posse; sic enim vix aliquid ampliùs superesset, quo donatio mortis causâ à legatis distingueretur, & in nihilo penitus conveniret cum contractibus. Quod si vero donatio mortis causâ absenti & ignoranti facta sit, & 5 testes adhibiti, valet, ut legatum. *Harp. n. 10. Bachov ad Treutl vol. 2 diſp. 19. th. 9. lit. A.* ✠ *In hac donatione. Gomez. var. reſolut. tom. 2. cap. 40. n. 19.* ubi ait, singulariter notandum esse, quòd donatio mortis causâ absenti, & ignoranti coram 5. testibus facta, per reconvalescentiam non resolvatur.

III. Requiritur acceptatio, *arg. l. 55. ff. de O. & A. Clar ff. D. D. Franz n. 7. hic.*

IV. Ut 5. testes interveniant. *d. l. ult. Cod. de donat. cauſ. mort.* Ratio, quia computatur ultimæ voluntati, in qua ad minùs 5. testes requiruntur, *l. ult. Cod. de Codicill. Schneid. n. 20.*

§. Aliæ. 2.

Vidimus, quid sit donatio *mortis* causâ: sequitur de donatione inter *vivos*, quæ concinnè *definitur*, quòd sit actus, quo aliquid ex motivo nudæ liberalitatis absolutè, & irrevocabiliter in alterum conferimus, *l. 1. ff. h. t. l. 82. ff. de R. J.* vocatur donatio inter vivos: quia non primum morte donatoris confirmatur, aut in tempus mortis confertur; sed adhuc vivo 10

vivo testatore, sortitur effectum. *Manz. n.* 4. ita, ut semel perfecta facilè revocari non possit, *l. ult. Cod. de revocand. donat.*

AD V. PERFICIUNTUR.

11 Q. *hic. Quomodo donatio inter vivos perficiatur?* ℞. Jus *vetus* secernendum esse à Jure *novo*. Jure veteri non aliter perficiebatur donatio, neque affectum aliquem generabat; nisi intervenerit, vel traditio rei donatæ, vel stipulatio, *Schamb. hic. Manz. n.* 5. De Jure novo perficitur donatio ex assistentia legis, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestavit, *text. hic.* & in *l.* 35. *&* §. 5. *Cod. de donat.* Adeoque donatio inter vivos etiam à solo consensu vires & robur accepit; licèt stipulatio non intervenerit, habetque tantam necessitatem traditionis, quantam habet emptio venditio, simul atque de pretio & merce conventum est: sicut ergo emptio, & venditio statim perficitur, quàm primùm emptor & venditor inter se de pretio, & merce convenerunt, *prin. Inst. de empt. & vend.* ita etiam donatio perficitur, cùm donator, & donatarius in rem donatam consenserunt, *text. hic* &, sicut emptio venditio statim producit actionem; ita donatio parit condictionem ex lege, *Schneid. n.* 4. *hic.*

Dico *conditionem ex lege*; toties enim condictio ex lege applicatur, quoties Jura dant actionem, & nomen actionis non exprimunt. *tot. tit. ff. de condict. ex lege Zoes. ibid. Manz. n.* 24. *hic.*

AD VERS ET CUM RETRO.

Dictum est, perfici donationem, sive in- sive sine scriptis aliquis declaraverit suam voluntatem. Hoc tamen limitatur, ut tum demum procedat, si donatio consistat in summa legitima, & legibus approbata quantitate. Olim enim aliquis non potuit ultra ducentos solidos donare sine insinuatione, *text. hic.* Hodie autem *Imperator* constituit, quòd aliquis quingentos solidos donare possit sine insinuatione; quòd si autem donatio excesserit 500. solidos, tunc insinuatio necessaria sit, *text. hic.* & in *l.* 36. *Cod. de donat.* Nomine autem 500. solidorum hodie 12 communiter 500. aurei, seu mille imperiales intelliguntur. *Fünsterwald. lib.* 4. *obs.* 21. *n.* 2. *P. Engel. ad Jus Canon. de donat.* §. 1. *n.* 7. *Gail.* 2 *obs.* 39. *n.* 2. & 3.

Insinuatio nihil est aliud, quàm facere donationem redigi in scripta, & acta publica coram Judice, (ut hodie dicimus) in prothocollum: quando nimirum donator coram Judice declarat suam voluntatem donandi, petitque assensum, & authoritatem Judicis interponi *Schneid. hic. num.* 8. Ratio hujus insinuationis consistit, tum in excludendis fraudibus, quæ in rebus majoris momenti frequenter contingunt; tum, ut Jura provideant, ne quis facilè effundat suum per viam indiscretæ donationis. *Zoes. ff. h. t. n.* 41. *Manz. n.* 29. *& seqq.*

Q. II. *Quid, si donatio prædictam summam excedat, vitiabiturne tota donatio, vel tantùm quoad excessum?* ℞. vitiari tantùm quoad excessum, ita apertè statuit *l.* 34. *Cod. h. t.* Ratio est, quia utile per inutile non vitiatur in separabilibus, *c.* 37. *de R. J. in* 6. *Scamb. q.* 2. *Manz. n.* 38. *Carpzov. p.* 2. *Const.* 2. *definit.* 17.

AD VERS. SED ET QUASDAM.

Dicit *Imperator*, se quasdam donationes invenisse, quæ non desiderant insinuationem, sed absque ea, licèt 500. solidos excedant, suam obtinent firmitatem

Qualis est I. Quæ est facta, pro re- 13 demptione captivorum, *l. si quis* 36. *Cod. de donat.* Ratio est favor captivorum.

II. A necessitate insinuationis eximitur donatio ab Imperatore, vel Imperatori facta, *d. l.* 34 *& auth. Item à privatis Cod. h. t.* Princeps enim legalibus solemnitatibus solutus est. *l.* 31. *ff. de LL. Schneid. n.* 10. *Manz. n.* 46. *Sichard. in d. l.* 34. *n.* 18. *Berlich. p.* 3. *conclus.* 4.

III. Ab insinuatione immunis est donatio, pro domo ruinosa, collapsa, vel exusta reparanda, facta, *d. l.* 36. *Cod. de donat.* Ratio, quia reipublicæ interest, ne ruinis ædium deformetur publicus urbis aspectus, *l.* 2. *Cod. de ædif. privat. Manz. n.* 48. *Chlingensp. q.* 19. *h. t.*

IV. Insinuatio non requiritur in donatione remuneratoria, quatenus merita non excedit, cúm eatenus non possit videri temeré facta, etiam excedens summam 500. aureorum, eó quòd causa subsit, ob quam est facta. *Zoes. ff. h. t. num.* 43. *Suttinger. in M. S. lit. D. v. Donatio.* Ubi tamen notandum, nudam meritorum assertionem hac in parte non sufficere, nisi probentur, vel saltem in specie exprimantur, *l. etiam* 15. §. *ex præterito. v. multa ff. de manumiss. vindict. Fünsterwald. loc. cit. num.* 9. ubi plures allegat. Sané, si donatio remuneratoria merita notabiliter excedat, sine insinuatione non procedit, quia cessat ratio, quód sit meritorum compensatio. *Schneid. num.* 35.

V. Sine insinuatione procedit donatio reciproca; quia cessat ratio, quod donator depauperetur. *Schneid. n.* 36. *Manz. n.* 12.

VI. Insinuari non debet donatio propter nuptias, *Schneid. n.* 32.

VII. In donatione plurium rerum, diversis temporibus ab una persona in alteram facta, insinuatio non exigitur, quamvis singulæ res coacervatæ summam 500. solidorum excedant, *l.* 34. §. 3. *Cod. de donat.* Ratio, quia plures intelliguntur esse donationes, quàm una. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 11.

14 *De Jure Austriaco* (præsertim inter personas illustres) insinuationes donationum non observantur, teste *Sutting. loc. cit. D. v. Donatio. Fünsterwald. lib.* 4. *obs.* 21. *num.* 16.

Ad Vers. Alia Insuper.

Præter hactenus enumerata dicit *Imperator*, quód multa alia adhuc ad uberiorem exitum, & robur donationum invenerit, quæ tamen hic non explicat, sed alio reservat; eò quod primis Juris elementis non omnia inferenda sint, ne rudis, & infirmus studentis animus multitudine, ac varietate rerum nimium oneretur. *Manz. num.* 52.

Ad Vers. Sciendum.

Quandoquidem *suprà* diximus, donationem inter vivos, semel perfectam non posse sine causa revocari; Ideó nunc

15 Q. III. *Quæ ergò sint justæ revocandi causæ?* ℞. donationes inter vivos ex causa revocari vel pro parte, vel in totum. Pro parte revocantur, si sint inofficiosæ, *h. e.* si sint tantæ quantitatis, ut non sit salva, si tunc moreretur donans, iis, quibus debetur, legitima, *l.* 2. 3 *Cod. de inoff. donat.* tunc enim revocatur post mortem donantis in tantum, in quantum desideratur, ut ea salva sit, *l.* 1. 2. & 3. *Cod. eod. Schamb. q.* 5. *hic. Gail.* 2. *obs.* 38. *num.* 26. *Vinn.* 2. *select. quæst. cap.* 33. *Clariss. D. D. Franz. h. t. n.* 14. *Zoes. h. t. n.* 76.

In totum revocatur donatio, si ingratus existat donatarius, *l. ult. Cod. de revocand. donat.* indignus enim censetur beneficiô, qui eodem abutitur cúm dispendio largitoris, & durum est ab ingrato malis affici.

Causæ

Causæ autem ingratitudinis sequentes recensentur, *l. ult. Cod. de revocand. donat.* I. Si donatarius atroces injurias verbales effuderit in donatorem. II. Si impias manus eidem intulerit. III. Si vitæ donatoris struxerit insidias. IV. Si bonis ejus grandem jacturæ molem ingesserit. V. Si conventiones, in donatione appositas, donatarius non impleverit. Comprehenduntur hæ causæ his versibus.

Ingratum faciunt atrox Injuria, Damnum,
Impia Dextra, Fides fracta, pericula Necis.

16 *Notandum*, quód Jus revocandi donationem propter ingratitudinem ex parte donatoris, & donatarii, sit ita personale, ut nec hæredibus, nec contra hæredes detur. Itaque, si donatarius ingratus moriatur, antequam donatio ab ipso revocata sit, ab ejus hærede revocari non poterit: ratio vera, & fundamentalis est, quia ista revocatio est quædam facultas, actio, & obligatio, descendens ex delicto ad vindictam, quæ non transit ad hæredes activé, nec passivè. *l.* 11. *Cod. ex delict. defunct. Gomez. tom.* 2. *cap.* 4. *num.* 14. *v. item adde.* Ratio alia, quia pœnæ, & delicta suos tantum authores tenere debent. *Engel. de donat. n.* 20.

Similiter, si econtrà donator moriatur, prinsquàm donationem revocaverit, hæredibus ejus revocandi nullum Jus est, *per apert. text. d. l. ult. Cod. de revocand. donat. Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi querimoniarum primordium instituere.* Ratio, quia donator tacendo videtur injuriam remisisse, & licèt, istam constitutionem locum habere, putet, *Schamb. hic. pag.* 321. sive donator ingratitudinem donatarii sciverit, sive ignoraverit, & hoc in stricto Jure defendi possit; tum quód *textus* generaliter loquens, generaliter sit intelligendus; tum, quod omnis actio, descendens ex delicto, personalis sit.

Communiter tamen *limitatur*, procedere, si donator injuriam sciverit, & revocandi tempus habuerit; non verò, si injuriam ignoraverit, &, morte præoccupatus, revocare donationem nequiverit; hoc enim casu cessat ratio præsumptionis. Ita *Engel. loc. cit. n.* 20. *Gomez. loc. cit. Schneid. n.* 12. *Clariss. D. D. Franz. n.* 16.

Q IV. *Quinam donare possint?*

17 ℞. Omnes, qui liberam habent suarum rerum administrationem. Hinc excluduntur *pupilli, minores, furiosi, prodigi*, quibus bonis interdictum est, &c. *filiusfamil.* quoque extra peculium castrense, vel quasi absque consensu patris donare non potest, quia præjudicaret patri vel in proprietate, vel saltem usu-fructu. Consensu tamen patris rectè donat, quia cessat ratio, *l.* 2 *ff. de donat. Schneid. num.* 47. *& seqq.*

Q. V. *Quibus donari possit?* ℞. cuilibet inter vivos donari posse, nisi per legem prohibeatur, adeòque non solum *amicis* & *bene meritis*; sed etiam *ignotis*, & *extraneis honestis*, & *inhonestis* personis, adeoque meretricibus, & concubinis rectè donatur, *l. in extraneos* 29. *Cod. de donat. l. affectionis* 5. *l. donationis in concubinam* 31. *ff. h. t.*

Item donari potest non solùm præsenti, sed etiam absenti, *l. nec ambigi* 6. *Cod. h. t. & l.* 10. *ff. eod.* per Epistolam *l. si aliquid* 13. *Cod. eod.* Ratio esse videtur, quia hodie donationes non debent ampliùs fieri per stipulationem, sed nudò perficiuntur consensu; *Gomez. var.*

var. resol. de donat. num. 1. *Harp. n.* 22. *Schneid.num.* 56. talis autem donatio firma non est, donec absens voluntatem donatoris ratam habuerit, *d.l. absenti* 10. *ff. h. t.* ad donationem enim requiritur acceptatio. *Harp. n.* 22. §. 2. *h. t.*

Prohibetur tamen I. miles donare suæ focariæ, seu concubinæ, *l.* 2. *Cod. de donat.int.vir.* & *uxor.* Quod *Schneid.n.*56 etiam ad Doctores & Advocatos protrahit, cùm & hi militare dicuntur, *l. advocati* 14. *Cod. de advocat. diverſ. jud.*

19 II. Donatio simplex inter virum, & uxorem non valet, *l.* 1. & 2. §. *sciendum*, & *tot. tit. ff. Cod.* & ✠ *de donat. inter vir.* & *uxor.* Ratione mutuò amore conjuges invicem spolientur per donationes, quia sæpe contingeret, ut matrimonia sortirentur malos exitus, si non donaret is, qui posset, & sic fierent matrimonia venalia, *l.* 1. & 2. *ff. eod.* Est autem concordia conjugalis omni lucro præferenda, *l.* 5. *Cod. de subst.* & *Inst. h. t. Schneid. n.* 57. *Harp. n.* 28.

20 *Limitatur*, ut procedat hæc *conclusio.* I. Si donator efficiatur pauperior & accipiens locupletior, valet donatio. Hinc, si conjuges reciprocè sibi invicem donârint, valet donatio, quia cessat ratio ne una pars fiat pauperior, & altera locupletior, *l. quod autem* 7. §. 2. *ff de donat. inter vir.* & *uxor. Schneid. n.* 61. Pauperior autem donans, & locupletior donatarius fieri dicitur, si ille minùs, hic veró plùs habere incipiat. Unde sepulturæ causâ conjugi datum tenet, *l.* 3. §. *concessa ff. de donat.inter vir.* & *uxor.* quia licet expendisset de suo; ex hoc tamen, quòd non expenderit, non tam censetur factus ditior accipiens, quàm non pauperior. Idem erit, si alteri ab altero datum, ut apud eum non remaneat, *l. sive uxor* 34. *ff. eod.* Acceptum quoque, & utiliter expensum facit cessare prohibitionem, cùm non sit, quod reperatur, *l.* 7. §. *si maritus. ff. de donat. inter vir.* & *uxor.* Hinc & non incidit in prohibitionem repudiatio hæreditatis, aut legati per alterum conjugalem in favorem alterius, *d. l.* 7. §. *si maritus.* cum, licet alter fiat ditior, non tamen & alter fit pauperior, *l.* 6. *ff. quæ in fraud. Credit* cùm legatum, aut hæreditas, antequàm acceptetur, in bonis nostris non sit. *Vide Zoes ff. de donat.inter vir.* & *uxor.n*1

Limitatur II. Si fiat gratiâ honoris, vel dignitatis adipiscendæ. *l. quod adipiſ. cendæ* 40. *ff. eod. Engel. n.* 1. *h. t.*

Limitatur III. Nisi sit donatio mortis causâ, nam hæc inter conjuges valet, *L.* 9. §. 2. *ff. eod. Schneid. num.* 60.

Limitatur. IV. nisi donator in eadem voluntate perseverarit usque ad extremum vitæ spiritum; tunc enim morte donantis confirmatur, *c. fin.* ✠ *h. t. l. cùm hic status* 32. *in princip.* & §. 1. & 2. *de donat.inter vir.* & *uxor.* Cessat enim ratio prohibitionis: ne conjuges mutuo amore spolientur, *Zoes. n.* 59. plures limitationes vide in *Zoes. ff. de donat inter vir.* & *uxor. Schneid. loc. cit. Engel. loc. cit.* latiùs enim in hanc materiam excurrere prohibet instituti ratio.

De consuetudine Austriæ donationes 21 inter conjuges, stante matrimoniô factæ, indistinctè valent. Ita testatur ex *Walter de Jure consuetud. lib.* 3. *tit.* 17. *Funsterwald. lib.* 3. *obs.* 22. *num.* 10. *his verbis: Wiewohl*&c. i. e. *Licet Jure scripto Donationes inter Conjuges constante matrimonio sint prohibitæ, contrarium omnino servatur in Archiducatu nostro Austriæ infrà Anum, indè ab immemoriali tempore,* & *usu obtinet continuo.*

Q. VI. *An donatio omnium bonorum, tam præsentium, quam futurorum valeat?* *Pro negativa*, Marpesiâ firmiores rupe stant *Gomez. ad leg. Tauri.* 69. *n.* 1. *Schneid. num.* 85. *h. t. Fachin. l.* 6. *cont.* 87.

I. In

I. In eo ponunt fundamentum, quòd per donationem omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum restringatur libertas testandi, cùm nihil ampliùs haberet donator, de quo testari posset; atqui libertatem testandi nemo potest sibi restringere; testamenti enim factio est Juris publici, *l.* 3. *ff. qui testam. fac. poss.* Juri autem publico per privatorum conventiones derogari non potest. *Ergò &c.*

II. Ita adornant: donatio omnium bonorum est contra bonos mores, quia inducit votum alienæ mortis, donatarius enim vitæ donatoris ex hoc capite insidiari potest, ne fortè ob nativitatem liberorum revocaretur donatio.

III. Exinde depromunt, quia donatio, si non est contractus, saltem est pactum legitimum; sed pactis neque dari potest, neque adimi hæreditas, *l.* 5. *l. ult. Cod. de pact.* Ergo non valet omnium bonorum donatio; universa enim bona nihil aliud sunt, quam hæreditas.

IV. Fundamentum taliter effingunt: in *l. si libertus* 16. §. *ff. de Jure patronat.* circa finem dicitur: *magisque est, ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit*; ergo etiam donatio omnium bonorum nullius momenti erit, cùm sit quædam alienatio.

Verùm, his nihil in contrarium refragantibus, teneo, valere donationem omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum. Ita *Harp.* §. 2. *Inst. h. t. Schamb. hic. n.* 3. *Hunn. var. resol. lib.* 2. *tract.* 4. *quæst.* 7. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 19. *th.* 5. *l. C. & D. Zoës. ff. h. t. num.* 28. *Mascard. de probat. vol.* 3. *conclus.* 1120. *Guil. lib.* 2. *obs.* 11. *n.* 30. *Perez. in Cod. h. t. n.* 18.

Movetur. I. Hac ratione, quia quilibet Dominus disponere potest pro libitu de rebus suis, & præsentibus, & futuris, nisi lege prohibeatur; ergò etiam de omnibus bonis per donationem quis poterit disponere, quia non est lex, id prohibens. *Antec.* quoad res præsentes probatur per *l.* 21. *Cod. Mandat.* quoad res verò futuras patet ex *l. fin. Cod. quæ res pignori obligari.* ubi dicitur, quòd res futuræ pignori obligari possint; ergo poterunt etiam res futuræ per donationem alienari; quia ubi concessa est obligatio, ibi & alienatio permissa esse intelligitur, *l. ult. Cod. de rebus alien. non alien. Schamb. &. Harp. loc. cit.*

Moveor II. per *l.* 35. §. 4. *Cod. de donat.* ubi valet universitatis donatio, si non de inofficiosis donationibus ratio reclamat; sub universitate autem continentur omnia bona; ergo valet donatio omnium bonorum. *Zoës. loc. cit.*

Moveor III. per *l. si unquam* 8. *Cod. de revocand. donat.* his verbis: *si quis omnia bona donaverit*, ecce! per ly *omnia bona* textus abunde annuit, donationem omnium bonorum valere.

Dices, isti *textus*, & rationes sunt tantum intelligendi de bonis præsentibus, non autem futuris; ergò licèt donatio omnium bonorum præsentium valeat, non tamen valet futurorum.

Verùm contra sic *argumentor*: quidquid Jus naturæ concedit, & quidquid concessum, permissumque est legibus, id semper & indefinitè intelligitur concessum, nisi in quantum à legibus, & minoribus est restrictum; atqui nos posse donare, est naturale §. *per tradit.* 40. *Inst. de R. D.* & insuper legibus concessum, *dd. text.* res Jus donandi restrictum est ad omnia bona tantùm præsentia; *ergò* non præsentia duntaxat, sed & futura bona donare licet.

Ad I. ℞. I. Per donationem omnium bonorum libertatem testandi tolli non directè, sed tantùm indirectè, & consecutivè, quatenus incipit donator nihil ampliùs habere. Deinde, licèt quis non possit sibi adimere libertatem testandi directè, *l. 6. ff. de V. O.* per indirectum tamen potest; sic enim is, qui Monasterium ingreditur, sese facultate testandi privat. Item etiam is, qui se arrogari ab alio patitur, facultatem testandi amittit; nec tamen quis dixerit, ingressum in religionem vel arrogationem esse contra bonos mores. ℞. II Regulam, quæ dicit, neminem sibi posse adimere facultatem testandi, ita esse intelligendam, ut sensus sit, quód nemo, qui bona habet, aliqua conventione vel pactô, ne de bonis disponat, vel à dispositione, semel facta, recedat, constringere se possit, quia ultimæ voluntatis debet esse liber stylus. Cæterùm veró non videtur prohibitum, tale facere, ut testari quidem possit, ac licentiam habeat; nihil tamen superfit, de quo testari possit: licét enim aliquis fiat pauper, & inops, nec superfit, de quo testaretur; nemo tamen dixerit, ei ademptam esse libertatem testandi. Accedit, quod bona ad testamenti factionem precisè non requirantur, nam, licèt testator nihil in bonis habeat, potest tamen filio suo pupillarizer substituere, eique tutorem dare, & sic tale testamentum non erit penitùs inutile. ℞. III. Quód libertas etiam de bonis testandi non omnino tollatur per donationem omnium bonorum; præter hoc enim, quod donatio ob ingratitudinem donatarii revocari possit, donatori possunt adhuc bona obvenire, de quibus ei testari liceat, *v. g.* si donatarius acquirendi redderetur incapax, vel si quis eâ lege donaret, ne ad donatarium perveniat.

Ad II. Dico, quód imprimis donatio omnium bonorum, votum captandæ mortis non inducat; vel enim hujusmodi donatio *pura* est, vel *conditionata*. Si pura est, statim est perfecta, & donatarius per condictionem ex lege res donatas condicit. nec opus est morte donatoris. Si conditionata est, interest donatarii diu vivere donatorem, cum eó plûs acquirat, quó diutiús vivit donator, qui non sibi, sed donatario acquirit. Deinde, quód adversarii fingere velint, donatarium insidiaturum donatori, ne propter supernascentiam liberorum revocetur donatio, id futile est; sic enim nec fideicommissa, nec primogenia subsisterent. Accedit, quód nihil tale de donatario suspicari sinat beneficium, in ipsum collatum; præsumatur bonus, donec probetur malus. Denique ista præsumptio posset in qualibet donatione militare, quia quælibet ob ingratitudinem revocari potest.

Ad III. Repono *neg. suppos.* quód in donatione omnium bonorum detur hæreditas. Hæc enim omnia commoda, & incommoda continet. Donatio veró mera commoda complectitur. Ecce! si paciscor tecum, ut me hæredem scribas, hoc pactum non valet, quia inducit votum captandæ mortis, ne ex sua administratione aliquo modó minuantur bona, & ut brevi acquiram hæreditatem. Si dones mihi, res secus est; quia vel donatio incipit, à traditione, vel à promissione In priori casu statim rem acquiro In posteriori rem donatam condico per condictionem legis: ergó in utroque casu cessat votum captandæ mortis.

Ad IV. Dico, in *l. 16. §. 1. ff. de Jure Patron.* non idcircó donationem nullius momenti esse, quia de omnibus bonis facta; sed, quia in fraudem legis, quæ vetat, ne libertus se, centenariô minorem, faciat.

Nota

Nota: si quis bona omnia simpliciter donet, non adjectâ clausulâ præsentium, & futurorum, futura non continentur; stricti enim Juris est donatio, *l.* 22. *ff. h. t.* Adeóque non extenditur ultra id, quod actum est, *Zoes. ff. h. t. num.* 29. Idem est, si quis bona sua simpliciter donaverit, Jura, obligationes, nomina debitorum donâsse non intelligitur. *Zoes. ibid. Schneid. num.* 90. Ratio: quia sub nomine bonorum Jura, actiones, & obligationes non continentur. Vide *Gail. lib.* 2. *obs.* 11. *n.* 9.

23 Q. VII. *An donatio inter vivos, præter enumeratas supra quinque causas, adhuc ob alias æque graves, vel graviores revocari possit?* Quamvis *affirmativam* communem asserat *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 19. *th.* 7. *lit. B.* eumque sequatur *Gomez. loc. cit. num.* 14.

Verior tamen, & Juri conformior est *negantium* opinio, quam tenent *Zoes. num.* 90. *Hunn. ad Treutl. d. loc. var. resol. pag.* 516. *Probatur* ex *l. fin. Cod. de revocand. donat. ex his enim* (ait textus) *tantummodò causis donationes reverti concedimus.* Accedit, quód odia sint restringenda, & favores ampliandi.

Obj. Sic manerent majora delicta impunita, quod absurdum foret; *ergò* idem dicendum de gravioribus, vel æquè gravibus delictis. R. Si delicta majora sint, publicam de iis pœnam sumi posse Nos, cúm quinque duntaxat causas habeamus præscriptas, propriâ authoritate, & sine lege pœnalia statuere non decet.

Illud non ignorandum, propter ingratitudinem non alia revocari quàm ea, quæ eó tempore quo ingrati agitur, sunt penes donatorem. Si ante ingratitudinem desinis aliqua possidere, vel alienando, vel vendendo, vel permutando, sive in dotem dando, ea non revocantur, per *express. text. l.* 7. *Cod. de revocand. donat.*

Quód si res donata pignori fuerit supposita, donator dominium rei acquirit, sed cum suo onere hypothecæ. *Zoes. ff. h. t. n.* 101.

Idem est de fructibus; nam illi duntaxat, qui tempore donationis extant, restituendi sunt, *Zoes. d. loc. num.* 102.

Q. VIII. *An donatio, ob insperatam liberorum nativitatem, revocetur?* Tametsi *negativam* acriter propugnent *Harp.* §. 2. *hic. num.* 184. *Bachov. vol.* 2. *d.* 19. *th.* 7. *lit. B.* 24

Mihi tamen *affirmantium* opinio semper visa est verisimilior, eamque docent *Gomez. tom.* 2. *cap* 4. *num.* 11. *Zoes. ff. h. t. num.* 117. & 127. *loc. cit. Hunn. var. resol. p.* 520. *Fach. l.* 3. *c.* 85. *Engel. de donat. num.* 17. *Mynsing. cent.* 5. *obs.* 63. *Probatur* per *dissert. text. l. si unquam* 8. *Cod. de revocand. donat.* ubi in hæc verba rescribitur: *Si unquam libertis Patronus filios non habens, bona omnia, vel partem eorum donaverit, & posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertitur.*

Non *Obstat*, quod adversarii regerant, *textum* loqui de patrono donatore, & liberto donatario; ut proinde mirum non sit, quód ob supervenientiam liberorum retractetur donatio: quia aliunde patronus inæstimabile beneficium, scilicet libertatis, in libertum contulit; ut proinde, cúm hæc ratio in aliis personis locum non habeat, hujus legis constitutio ad alias personas extendi non debeat. Nam

Contra est I. quód ratio legis, non verba, inspicienda sint; non enim possunt omnes articuli legibus comprehendi, *l.* 12. *ff. de ll.* Sed ratio legis æquè facit in casu, quo non donatur à Patrono liberto, quàm diverso; *ergò*, Ideó enim à

. Patrono revocari potest donatio ob supervenientiam liberorum, * quia pater non præsumitur, voluisse proprio sanguini extraneos anteferre, *l.* 102. *ff. de condit. & demonst. l. generaliter 6. Cod. de Inst. & subst. l.* 30. *Cod. de fideicommiss.* Adeòque sub ista tacita conditione donâsse præsumitur, ut, si liberi posteà nati fuerint, donatio ad se, suosque liberos revertatur; atqui hæc ratio non duntaxat militat in casu, quo à Patrono liberto donatur, sed etiam eò, quo ab aliquo alio omnibus aliis donatur; *ergò* cum ratio legis sit generalis, constitutio quoque generalis sit, necesse est.

Contra est II. si ideò Patronus potest revocare donationem, quia inæstimabile beneficium in libertum contulit, sequitur, quod donationem illam, quamlibet jam natis fecit, revocare possit: consequens est falsum; *ergò* & principium: unde sequitur,

Non *adversatur*, quod ea ipsa ratio in legatis quoque, & fideicommissis obtineat. *l.* 30. *Cod. de fideicommiss.* Et tamen legata, & fideicommissa non revocantur, quando post testamentum confectum liberi supervenerunt. Nam ℞. potest, diversam esse utriusque rationem. Vel enim testator vivit, si ei liberi superveniant, vel non vivit. Si vivit, legata, & fideicommissa revocare potest, quia voluntas hominis est ambulatoria usque ad extremum vitæ spiritum, *l.* 4. *ff. de adimend. & transferend. legat.* Si decessit, tunc posthumi nativitate rumpitur testamentum, & juxta multos legata, & fideicommissa corruunt. *Harp. num.* 91

Movet prætereà *text. in can. ult. caus.* 17. *q.* 4. ubi dicitur, donationem liberis nondum natis factam, retineri posse Jure *fori*, non Jure *poli*, liberis posteà supervenientibus; *ergò* saltem in foro externo non revocabitur. R. quod in *d. text.* Augustinus non referat Jus quod suo tempore obtinuit, sed quod tempore Chartaginiensis illius Episcopi, cujus ibidem meminit, viguit. Fieri autem potuit, ut Episcopus ille multo ante *Augustinum*, & *Imperatorem Constantinum* (*A.A.* & constitutores *d. l.* 8.) vixerit, ac proinde per Jus fori intelligatur illud Jus, quod Constantinum, & Constantium præcessit. Ita *Huun. var. resol. loc. cit.* ꝟ. *ad* 13.

℞. II. Quod iste *canon* intelligi possit de spontanea redditione, aut scilicet Episcopus donationem spontè reddere non teneatur in foro fori; sed possit expectare, donec per condictionem à donatore revocetur, non autem de redditione coacta per actionem, tunc enim res donatas reddere in utroque foro tenetur. *Harp. num.* 199.

§. Est et Aliud. 3.

Ad impropriam donationem, tam- 25
quam species, reducitur donatio, propter nuptias, quæ concinnè *definitur*, quod sit *actus*, *quo uxori in securitatem dotis Jus in bonis quibusdam mariti à marito constituitur. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. p.* 3. §. 4. *num.* 4. vulgo vocatur *die Wider Lag*, quasi contra-dos; olim vocabatur donatio ante nuptias, *text. hic.* & debebat fieri ante contractum matrimonium.

Hodie autem, & de Jure novo ex constitutione divi *Justini* fieri potest tam ante, quam post contractas nuptias, *text. hic.* Ita tamen, ut tam in quantitate, quàm pactis, ei adjectis, æqualis sit doti *l.* 9. *& auth. æqualitas. Cod. de pact. convent. h. e.* ut donatio propter nuptias, quoad quantitatem, non excedat, aut præcellat dotem. Item pactum de lucranda dote etiam extendatur ad donationem propter nuptias, licèt de hac lucranda pactum

pactum interpositum non sit; ratio, ut servetur æqualitas, tum, quia dos, & donatio propter nuptias dicuntur esse duo corelativa, quorum ea natura est, atque indoles, ut statutum in uno, censeatur statutum & in altero. *l. 9. & auth. æqualitas. Cod. de pact. convent. Schneid. n. 4. hic.*

Verùm hæc æqualitas moribus nostris non attenditur, & in usu esse desiit, liberumque est cuilibet, matrimonium contrahendi, pro lubitu uxori suæ in compensationem, & securitatem dotis constituere dominationem propter nuptias, quæ quandoque ipsa dote duplò major est. *Gail. l. 2. obs. 78. n. 2. Carpzov. p. 2. const. 42. defin. 1. n. 5. Walter de Jure consuet. Aust. l. 2. tit. 26.* his verbis: *Wiewohlen die* &c. i. e. *Quamquam Jure communi sit constitutum, ut Donatio propter nuptias sit in omnibus doti æqualis; ita ut altera alteram non excedat: contrarium in hisce locis sæpius inter Contrahentes statuitur Tabulis. Nec enim prohibetur sponsus ampliorem donationem propter nuptias, ac si dos sit, sponsæ constituere.*

26 Ad donationem propter nuptias quoque spectat *sponsalitia Largitas & Morgengaba.*

Morgengaba *definitur*, quod sit *donatio qua maritus post primam noctem, uxori ablatam virginitatem remuneratur, eamque datur.* Enim vero ea matrimonii natura est, atque indoles, ut non statim obliget ad reddendum debitum conjugale; sed demum post lapsos duos menses, *c. 7. X de convers. conjug.* Si tamen uxor prima statim nocte in vota mariti naviget, præmium bonæ voluntatis meretur, quod nostris *Morgengaba* dicitur.

27 Sponsalitia largitas nihil est aliud, quàm munus sponsalitium, quod sponsi, mutuæ benevolentiæ gratiâ sibi invicem donant propter solam affectionem, & spem futuri matrimonii. *Perez. ad Cod. de donat. ante nupt. num. 11.*

De jure antiquo sponsalitia largitas vera, pura, & propria erat donatio, ita, ut, licèt nuptiæ secutæ non fuissent, revocari tamen non potuerit. *l. 8. Cod. de donat. ante nupt.*

Verùm posteà placuit *Constantino Imperatori*, ut sponsalitia largitas semper imbibat tacitam conditionem, *si nuptiæ secutæ fuerint, l. 15. Cod. h. t.* donat enim procus puellæ eô animô, atque eâ conditione, ut tunc demum valeret donatio, si futura sit uxor. *Mynsing. Inst. hic. Manz. n. 10.* Unde

28 *Infero*: si nuptiæ absque culpa donantis secutæ non fuerint; possit donans omnia, quæ sponsæ donavit, repetere, *d. l. 15.*

Dico, *sine culpa donantis*, hic enim si in culpa sit, quia recusat contrahere, quæ donata sunt, repeti nullô modô possunt, *d. l. 15.* Secùs, si nuptiæ utriusque consensu secutæ non fuerint; hoc enim casu totum, quod datum est, restituitur donanti, *Arg. l. 14. Cod. d. t.*

Quid, si casu, puta, mortalitatis impediatur matrimonium? ℟. Interesse, an osculum intervenerit, nec ne? Si priùs, sponsus, vel ejus hæres solummodò dimidiam partem ejus, quod donavit, repetet; sponsa verò ejusque hæres indistincte totum. Si posterius, totum, quod donatum est, restituitur, sive sponsus, sive sponsa donaverit. *l. 16. Cod. d. t.* Sed (ain) quæ est ratio, quod osculum, sponsæ fixum faciat dimidium donationis perdi? ℟. quia osculum est quasi initium consummationis nuptiarum, & aliqualis fruitio sponsæ. *Perez. loc. cit. num. 53.* vide quoque hac de re differentes *Gomez. ad leg. Tauri 50. n. 6. & l. 32. n. 6. Sanchez. de matrim. lib. 6. disp. 18. n. 13. Menoch. lib. 3. præsumpt. 10. n. 1.*

26 Porró, cùm *Proxeneticum* nuptiale donationis quoque species sit, ideó scias (velim) illud nihil esse aliud, quàm præmium, quod iis decernitur, quorum operà nuptiæ conciliatæ. Solent enim plerumque in contrahendis sponsalibus mediatores intervenire, quorum sagacitate & solertiâ ea, quæ negotio remoram injiciunt, removentur. Hi plerumque, dum munere suo strenué funguntur, dum dotes sponsi, vel sponsæ impensè laudant, divitias jactitant, venustatem extollunt, pietatem commendant, navatam benè operam honorariô donantur, quod *Proxeneticum* latinis dicitur; & solet id manu eó liberaliori porrigi, quó liberaliores ipsi fuerunt in fingendo, & mentiendo. Tu id genus hominibus non facilè fidem adhibe: Spe enim lucri allecti, nihil non mentiuntur, ut nuptias persuadeant; & experientia sane multos docuit, quod pro Diana ranam ceperint, & pro Minerva cervam venati sint, dum proxenetis cornua inflantibus ad venationem conjugum fide faciles processerunt.

TITULUS VIII.

QUIBUS ALLIENARE LICET? VEL NON.

SUMMARIA.

1 *Maritus non potest fundum dotalem alienare.*
2 *Maritus an verè sit dominus dotis?*
3 *In quibus casibus procedat alienatio dotis?*
4 5 *Quando possit alienari pignus?*
6 *An pupillus possit dare mutuum?*
7 *Debitor non rectè solvit pupillo.*
8 *Nec pupillus creditori.*

Actum de nobis dominium acquirendi; cùm autem dominii effectus sit, posse rem suam in alium alienare, idcirco, justô nunc ordine effligitante, per quos dominium alienari queat, vel non, Imperator *Justinianus* subnectit.

AD PRINCIP.

Accedit aliquando, ut, qui dominus rei sit, alienare non possit; è contra qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat.

Exemplum prioris absolvit maritus. 1
Hic enim, licèt, durante matrimoniô, dominus dotis sit, prædium tamen dotale, ob prohibitionem legis Juliæ, alienare non potest: ratio prohibitionis est in *fine textûs*, ne sexûs muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur; ratio alia, quia interest reipubl. dotem mulieribus conservari, ut eo faciliùs, viduæ factæ, inveniant maritum, *l.* 1. *ff. solut. matrim.*

Q. I. *An ergò maritus sit verè dominus* 2
dotis? pro *affirmativa* Facit I. Quód marito rei vindicatio detur ad rem dotalem amissam à possessore repetendam, *l.* 11. *Cod. de Jure dot. l.* 9. *Cod. de R. V.* Ergó maritus est verus dominus rei dotalis, quia rei vindicatio non datur, nisi vero domino, *l.* 23. & *tot. tit. ff.* & *Cod. de R. V.*

Facit II. Maritus servum dotalem manumittere potest, *l.* 21. *ff. manumiss.* & *l. etsi* 3. *Cod. de Jur. dot.* ergó est verè dominus rei dotalis, quia solus dominus, aut lex servum manumittit. *l.* 1. *Cod. commun. de manumiss.*

Facit

Facit III. Quia, si dos ante nuptias marito data sit, nuptiis postea non secutis, dos per condictionem à marito repetitur, *l.* 7. *§. ult. ff. Jure dot.* ex quo perspicuè liquet, maritum dotis traditione verum dominum fuisse effectum, aliàs enim non condictione, sed rei vindicatione mulier dotem, non secutis nuptiis, repeteret. *Arg.* §. 14. *Inst. de act.*

Facit IV. Quia nemo regulariter rei propriæ furtum committere potest, *l.* 21. *ff. commodati*; ast uxor, dum matrimonium adhuc consistit, potest rei dotalis facere furtum, *l. ob res amotas* 24. *ff. de act. rer. amot.* Ergó rei dotalis uxor non est domina, sed maritus. *Hunn. var. resolut. lib.* 2. *tract.* 4. *q.* 4. *Harp. hic. num.* 4. *Manz. num.* 7. *Schneid. Funsterw. lib.* 4. *obs.* 4. *num.* 5. *Gonzalez. in c.* 28. *X. de Jurejur.*

Pro *negante* opinione *facit* I. *l.* 3. §. 5. *ff. de minor.* ubi dos apertè dicitur proprium ipsius filiæ patrimonium. II. *l. un.* §. *& hoc. Cod. de rei uxor. act.* ubi consimiliter dos proprium uxoris patrimonium appellatur. III. *l.* 75. *ff. de Jure dot. quamvis* (inquit lex) *in bonis mariti dos sit; mulieris tamen est.* IV. (ut plura loca sileam) *l.* 30. *princip. Cod. de Jure dot.* ubi apertè *Justinianus* scribit, res dotales, & ab initio uxoris fuisse, & naturaliter permansisse in ejus dominio.

Sanè, in hac Quæstione exclamare possis, miranda novitas! subtilis subtilitas! quis eam ruminabit? Juris enim principium est, non posse duos ejusdem rei esse dominos. *l.* 5. §. 30. *ff. commodati.* Ergo vel uxor non est domina dotis; vel maritus non est ejusdem dominus.

Varii varia, ut videre est apud *Hunn. loc. cit.* commentati sunt, ut inter allegatas leges fœdus facerent. Crebrior tamen calculus *A A.* in eam combinationem condescendit, quod maritus habeat dominium civile, uxor vero naturale; sic enim dissertè statuit *d. l.* 30 *Cod. de Jure dot.* in qua dicitur, res dotales ab initio uxoris fuisse, & naturaliter in ejus dominio permansisse; *ergò* uxor naturaliter, *i. e.* revera, & in effectu est domina dotis. Maritus vero civili quâdam ratione, & fictione Juris dicitur esse dominus dotis, quatenus nimirum ea facere potest, quæ dominorum sunt propria, *v. g. dotem amissam vindicare, servum dotalem manumittere.* Ita omnes *suprà allegati A A. & Schneid. n.* 6.

Ex dictis habes, quòd maritus sit dominus dotis civilis, ejus tamen alienandæ potestatem non habeat.

Verùm cùm hoc indistinctè non procedat, ideó

Q. *An in nullo casu marito licitum sit alienare rem dotalem?* 3

℟. Cum *distinctione*, vel res dotalis est *fungibilis*, vel non *fungibilis*: si est res fungibilis, v. g. *pecunia, oleum, vinum, frumentum*, potest eam alienare, *l.* 42. *ff. de Jure dot.* ubi dicitur, *in dotem datæ, quæ pondere, numerò, mensurâ constant, mariti periculo sunt; quia ad hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, & quandoque, solutò matrimonio, ejusdem generis, & qualitatis alias restituat vel ipse, vel hæres ejus.* Et ratio hujus hæc est, quia res in dotem ad hoc dantur, ut illis maritus utatur, fruatur, pro oneribus matrimonii sustinendis, *l. pro omnibus Cod. de Jure dot.* atqui rebus fungibilibus aliter uti, frui non potest, nisi eas absumat, quia earum usus consistit in abusu; absumere autem non potest, nisi possit eas *alienare, distrahere, vendere, &c. Hunn. var. resol. loc. cit. resolutio contrariorum.*

Si res non est fungibilis, tunc vel est *mobilis* vel *immobilis.* Si mobilis iterum *distinguo*,

distinguo, vel est *servando servabilis* & *pretiosa*, veluti *gemmæ &c.* non possunt alienari, quia immobilibus comparantur, *Schneid. num* 10. vel servando non servabilis, & alienatio marito permissa est, quia non agit contra legem Juliam, cum ea tantùm prohibeat marito, alienare fundum dotalem, sive rem immobilem, *Manz. n* 10. *Harp. num.* 21.

Si res dotalis sit immobilis, tunc est vel in dotem data *æstimatò* vel *inæstimatò*? Si æstimatò? refert iterum utrùm æstimatio facta sit, taxationis gratiâ, ut sciatur, quanti, plus, vel minùs, valeat res tempore restitutionis? ut sic maritus cogatur resarcire deteriorationem rei dotalis, & in hoc casu alienare non potest, *l.* 21. *Cod. de Jure dot* quia non ideo datur marito, ut de ea dote pro libitu disponat; sed ideo, ut, solutò matrimonió, eandem uxori restituat, &, si fortè rem deteriorem fecerit, ut sciatur, quantum pro compensatione cogatur reddere maritus, *Schneid. n.* 9. *Chlingensperg. Inst. h. t. q.* 3.

An vero æstimatio facta sit per modum venditionis, ac si res dotalis marito esset vendita & potest rem dotalem indistinctè alienare. Ratio, quia æstimatio dotis venditio est, *l.* 10. §. 1. *ff. de Jure dot.* cum rebus autem emptis possumus pro placito disponere, *Schneid. loc. cit.*

Si res immobilis inæstimato data sit, tunc procedit constitutio nostri §. & *l. un.* §. 15. *Cod. de rei uxor. act.*

Ex quibus omnibus *colliges*, quod, dum diximus, uxorem esse dominam naturalem, maritum vero dominum civilem, hoc intelligendum sit de rebus dotalibus immóbilibus, inæstimato datis; harum enim uxor revera, & naturaliter domina est, maritus vero fictione Juris civilis quoad certos effectus, cæterarum vero rerum v. g. *fungibilium, mobilium, immobilium*, æstimato datarum, maritus plenus dominus est, ita, ut quolibet de iis modò plenò Jure disponere possit. Hinc enim periculum, casum fortuitum circa eas præstat maritus, qui, solutò matrimonió, non rem in specie, sed æstimationem restituit. Ita *Hunn. var resol. pag.* 532.

AD VERS. CUM ENIM.

Lex *Julia* duo duntaxat in se habebat, quæ ambo postea *Justinianus* correxit. I. Lex Julia illas duntaxat alienationes prohibuit, quæ, invitâ muliere, fiebant; oppignorationes autem etiam volente, & consentiente uxore, prohibuit. II. Tantùm illarum rerum alienationem prohibuit lex Julia, quæ in Italia sitæ fuerant.

Verum utrumque correxit Imperator *Justinianus* in *l. un.* §. & *tim lex.* 15. *Cod. de rei uxor. act.* ita, ut neque oppignoratio, etiam consentiente uxore, rei dotalis fieri possit, quia interest reipubl. mulieribus dotem conservari, cujus favori uxor suò consensu præjudicare non potest, *Schneid. n.* 4. *Manz. n.* 103 Concordat *N. Oe. Land Tafel, l.* 2. *tit.* 1. *Wann ein Ehe-mann*, &c. i. e. *Si Maritus res immobiles uxoris, Dotales dictas, alienare vellet, id, quamquam alienationi consentiret uxor, marito non concedendum esse, graves ob rationes statutum est.*

Quod si tamen uxor alienationem fundi dotalis Juramentò confirmaverit, alienatio tenet, per *aperf. text. cap. cùm contingat.* 28. ✠ *de Jurejur. Gonzales numero* 10.

§. CONTRA I.

Accidit aliquando, *ut, qui dominus sit, alienare non possit,* (de quo casu hactenus egimus); & *contra qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat*, qualis est creditor, qui licèt dominus rei pigno-

pignoratæ non sit, illam tamen aliquando alienare potest: ubi

4 Q. *Quando creditor possit alienare pignus?* Hoc quidem *Imperator hic* non exprimit, sed refert se ad constitutionem quandam, quæ existit in *l. fin. Cod. de Jure dominii impetrand.* Ex qua sic distingue, vel factum est pactum inter partes; vel nullum? si factum est pactum, vel est factum super alienando pignore, tunc statur pacto, *i. e.* tempore elapso, potest creditor in casu non factæ solutionis pignus alienare sine ulla denuntiatione, debitori moroso facta, *l. ult.* §. 1. *Cod. eod. & text. hic.* ubi simul adducitur ratio, quia nimirum voluntate debitoris intelligitur pignus alienari. Si factum est pactum super non alienando pignore, non valet tale pactum, *l. 4. ff. de pignorat. act.* Ratio ne ex hoc debitor occasionem malignandi, perpetuo differendi solutionem arripiat. *Schamb. hic.* Operatur tamen tale pactum hunc effectum, quod creditor debitori debeat trinam denuntiationem facere, ut solvat; aliàs pignus se distracturum, & facta trina denuntiatione, tenetur creditor per biennium expectare, ac rursus monere debitorem, ut luat pignus. Quòd si elapso illo biennio, & trina denuntiatione facta debitor nihilominus in luendo tardus, ac negligens sit, potest creditor pignus distrahere, & liberè vendere, *d. l. ult.* §. 2.

Si nihil pactum, vel conventum sit inter partes, tunc creditor potest interpellare debitorem, ut solvat: secus se velle distrahere pignus, nisi fiat solutio. Quòd si deinde debitor cessaverit per biennium à die denuntiationis; pignus creditor vendere poterit, *d. l. ult.* §. 1. *Cod. de Jure dominii. impetr.* Si non reperiatur emptor, rursus admonendus est debitor, qui si porro cesset, creditor sibi Jus dominii in pignore impetrabit, *d. l. ult.* ita tamen ut debitor adhuc intra biennium rei opignoratæ dominium acquirere possit, si nimirum creditori offerat debitum ipsum, unà cum eo, quod interest. Si denique intra biennium debitum non solverit, plenò Jure acquiritur creditori pignus. *Manz. num.* 31. *Schneid. num.* 4. De Jure Austriaco res paulò aliter se habet Vide *N. Oe. Land-Tafel lib. 2. tit. 3. von Verkauffung der Unterpfand.*

§. NUNC ADMONENDI. 2.

In hoc §. Imperator redit iterum ad primam partem & ponit aliud exemplum, ubi is, qui Dominus est, res tamen suas alienare non potest. Nam, licèt pupillus, & pupilla rerū suarū sint domini, illas tamen sine Tutoris authoritate alienare nequeunt, ne ob ætatis defectum patiantur damnum.

AD VERS. IDEOQUE.

Q. hic: *An pupillus sine tutoris authoritate possit mutuas pecunias dare?* ℞. Imperator *negativè*, quia, ut possit quis mutuum dare, debet transferre dominium rei in alterum; sed pupillus non potest tranferre; *ergò* 6

Sed quid, *si pupillus de facto dederit pecunias mutuas?* ℞. cum *distinctione*, vel pecuniæ adhuc exstant vel non? Si existant potest eas vindicare, quia adhuc earum mansit dominus. Si non ampliùs existant, sed sint consumptæ, tunc vel sunt consumptæ bonâ fide, & mutuum convalescit, ita, ut acquirat conditionem certi ex mutuo, *l. 19. §. 1. ff. de R. C.* vel malâ fide, & tunc pupillus habet contra debitorem utilem rei vindicationem, vel actionem ad exhibendum, tamquam contra eum, qui rem dolò malo desiit possidere; quia Jura fingunt, rem adhuc existere penes eum, qui dolò malo desiit possidere. *Manz. num.* 14.

male comsumpserit, aut furto, vel vi amiserit, vel alio simili casu incendii rapinæ, perdiderit, tunc nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed ad iteratam solutionem denuò condemnabitur. Ratio est in *textu*, quia sibi imputare debet, cur tam temerè sine tutoris authoritate, & decreto Judicis solverit. *Manz. n.* 36.

AD VERS. SED EX DIVERSO.

8 Q. hic: *an pupillus & pupilla sine tutoris authoritate creditoribus suis solvere possint?* videtur I. quòd sic: quia pupillus potest suam conditionem meliorem facere absque tutoris authoritate; at solvendo videtur facere meliorem, quia solutio liberationem pupilli respicit. II. Quia pupillus etiam sine tutore authore per acceptilationem liberari potest; *ergo* etiam per solutionem, quia acceptilatio est species solutionis.

Hoc non obstante ℞. Imperator *negativè*; ratio, quia ad solutionem requiritur, ut dominium in alterum transferatur; pupillus autem solus non potest transferre dominium, *ergò*

Ad *rationem* I. Dico *neg.* per solutionem pupillum facere suam conditionem meliorem: quid enim, si se potuit contra petentem exceptione tueri: Quid, si præmaturè solvit? Quid, si alibi utilius solvisset? Ad II. ℞. In acceptilatione nihil periculi esse, quia nihil debet præstare pupillus. *Manz. n.* 38. *& seqq.*

Solvere ergò pupillus solus non potest: quid autem, *si actus solverit*? tunc vel pecuniæ solutæ, existunt, vel sunt consumptæ: si existunt, potest eas per vindicationem repetere, *l.* 150. *ff. de R. J.* Si consumptæ sunt, tunc vel bonâ, vel malâ fide. Si bonâ, tunc liberatur pupillus à debito, *l.* 9. §. 1. *&* 2. *ff. de auth. tut.*

Si malâ fide, habet utilem rei vindicationem, tamquam contra eum, qui dolò malò rem desiit possidere. Quòd si res soluta etiam casui fortuito penes creditorem pereat, non pupillo, sed creditori peribit; liberatur enim pupillus consumptâ pecuniâ, *d. l.* 9. §. 2. *Manz. n.* 51.

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR?

SUMMARIA.

1 *Quid & quotuplex sit peculium?*
2 *Enumerantur casus, quibus peculium redditur extraordinarium.*
3 *&* 4 *Quale peculium acquiratur Patri?*
4. *An Pater amittat usum-fructum per nuptias filii.*

CONNEXIO ET PRINCIP.

OMne, quod acquiritur, aut *dominium* est, aut *possessio*, aut *obligatio*. Acquiritur autem dominiū vel possessio, non solùm per nosmetipsos; sed & per eos, quos in potestate vel patria, vel dominica habemus. Item per servos usufructuarios, sicut & alienos, bonâ fide possessos. Item per liberos homines, de quibus ordine.

§. IGITUR. I.

Pro faciliùs intelligendo hoc §. observa, *quid, & quotuplex sit peculium?* Peculium concinnè *descripseris*, quòd

sit *pusillum patrimonium*, *concessum à patre vel domino filiofam. vel servo, separatum à rationibus paternis vel domini*, *deducto eò*, *quod patri vel domino debetur. l. 4. l. 5. ff. de peculio Schamb. hic.* Quæ ultima verba ideò adjiciuntur, quia pater conventus actione de peculio ex contractu sui filiifa. priùs deducit id, quod sibi à filio debetur, quàm reliquis creditoribus satisfaciat.

Dividitur peculium in *paganum & militare.* Paganum iterum *divellitur* in *profectitium*, & *adventitium.* Profectitium est, quod ex re, & substantia patris ad filium proficiscitur: veluti si pater habet filium industrium, aptumque ad negotia, & pater ei relinquit, aut deputat aliquam substantiam pecuniæ, cum qua negotietur, quæ separatur à rationibus paternis, nec pater communerat inter sua bona, sed filius separatas habet suas rationes. *Schneid.* §. 10. *Inst. de act.* n. 2.

Peculium adventitium est, quod non ex bonis paternis sed aliunde extra causam militiæ filio acquiritur, puta, ex *successione* vel *donatione materna* vel *extranei*, aut *liberalitate fortunæ.*

Hoc posterius *subdividitur* in *ordinarium*, & *extraordinarium.* Ordinarium est, cujus usus-fructus ad patrem, proprietas ad filium pertinet. Extraordinarium, cujus plena proprietas, & ususfructus ad filium pertinet.

Casus autem, in quibus peculium adventitium fit extraordinarium, sunt se-
2 quentes.

I. Est relatus in *l. 6.* §. 1. *Cod. de bon. quæ lib.* si scilicet pater usumfructum remittat. II. Est in *Nov.* 117. *cap.* 1. Si ea conditione filio aliqua res donetur, ut lenim ejus rei proprietatem habeat, nempe & proprietatem, & usum-fructum. III. Si pater una cum filio succedat in hæreditate filii, *v. g.* si prter cum Titio filio suo succedat Sempronio, qui etiam ejusdem filius, sed mortuus est, *Nov.* 118. *cap.* 2.

Dices: si filius cum patre succedit extraneo, *v. g.* uxori, pater habet usumfructum; ergò etiam, si succedat filius cum patre fratri. ℞. *neg. conseq.* Ratio *differentiæ* est, quòd Patri, succedenti cum filio ab intestato fratri, usus-fructus fuerit adeptus, quia in illa successione olim perpetuò excludebatur, *l.* 11. *Cod. commun. de success.* Ast nullibi reperitur pater prohibitus cum liberis extraneo succedere ex testamento; ergò, *Chlingensp. hic. quæst.* 4. *ob. un.*

IV. *Casus* est ex *l. ult. Cod. de bon. quæ lib.* si filius, dissentiente patre ac invitô, hæreditatem adeat, *v. g.* si pater jubeat, ut hæreditatem relictam non adeat, eò quòd sit periculosa, ac onerosa, tunc Titius filius, adiens hæreditatem, plenam ejus proprietatem acquirit, *d. l. ult.*

V. Est ex *l.* 7. *Cod. eod.* si filio quidquam à principe donetur, talis enim donatio habet se per modum peculii castrensis. *Glettle Inst. de loc. Chingensp. q.* 4. *h. t.*

Peculium militare dispescitur in *castrense*, & quasi *castrense.* Illud, est quòd à parentibus, vel cognatis, vel aliis, omninò extraneis, donatum est filiofam. eunti ad castra, & degenti in militia. Item, quod ipsemet filius miles occasione militiæ acquirit.

Quasi castrense est, quod filiusfam. ratione publici officii, vel cujusdam exercitii publici, aliàs ingeniô suô acquirit, ut faciunt Magistri artium ex professione artium liberalium, vel Medici, aut Advocati, cùm & hi militare dicantur, *l.* 14. *Cod. de advocat. divers. jud.* His *præmissis* pro declaratione textus,

Dico

3 Dico I. peculium castrense, & quasi tale, nec hodie, nec olim patri quaeretur; sed habet, & habebat plenum illius dominium filiusfam. *l. 6. Cod. de bon. quae liber.* habeturque in eo pro patresfam. *l. 2. ff. ad S. C. Maced. Schamb. hic. Brunnem. in d. l. 5. Cod. de bon. quae lib.*

Dico II. peculium profectitium sicut olim, ita & hodie totum patri quaeritur: ratio est in *textu*; quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? *Finsterwald. lib. 4. obs. 2. n. 3. Schneid. Inst. §. 10. de act. n. 2.* ubi notant casum, dignum memoriâ, & quotidianum, *v. g.* pater vivus habet multa praedia; & quia est decrepitae aetatis vel alias valetudinarius, non potest rebus suis praeesse easque administrare. Quare filius natu major ipsius omnia administrat, tam negotia domestica, quàm eorum praediorum, alter econtra frater natu minor, nihil domi agit mortuô patre: frater natu major, dicit, se longô tempore gessisse curam rei familiaris, ideò, antequam bona paterna dividantur, petit tantum salarii, quantum pater uni negotiorum gestori dedisset. *Q. an illud salarium praestandum sit?* & decidunt, *negative*; filius enim ex debito reverentiae paternae ad tales operas tenetur. Verùm *Perez. ad Cod. de collat. n. 22. Gomez. ad leg. taur. 29. n. 24.* & *Fachin. lib. 5. cont. 83.* existimant, in casu, quo filius ex pecunia patris per suam industriam lucrum notabile fecit, aliquam partem, tantam nimirum, quantam Institori de more regionis dare oportuisset, filio assignandam esse perpensâ nimirum filii industria, & lucri quantitate.

Dices: Ergò filius nullam ex tali peculio habebit utilitatem? ℟. *Schamb. hic.* utilitatem esse positam in eo, quòd confiscatis bonis paternis, peculium illud maneat filii, *l. 3. §. 4. de minor.* Item, si filiusfam. vivô patre emancipetur, neque peculium expressè adimatur, censeatur esse donatum, *l. 31. §. 1. ff. de donat.*

Dico III. Peculium adventitium olim plenô Jure patri acquirebatur. Postea Constantinus, *l. 1. Cod. de bon. mater.* statuit, ut patri res, à matre ad filiumfam. provenientes, quoad usum-fructum tantùm acquirerentur, proprietate penes filium remanente. Justinianus verò, nullâ factâ distinctione inter res à matre sive aliunde advenientes, statuit, ut omne peculium adventitium tantùm quoad usum-fructum patri acquireretur, *l. 6. Cod. de bon. quae lib.* & *text. hic.* Ratio est, ne quod filio suis laboribus, aut prosperâ fortunâ accessit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei accidat.

§. Hoc quoque. 1.

4 Olim, quando pater emancipavit filium, tertiam partem bonorum filii in recompensationem, & quasi pro pretio praestitae emancipationis retinebat. Hodie verò hoc correctum est, ut pater non tertiam partem dominii rerum filii, sed dimidiam partem usus-fructus tantùm bonorum adventitiorum pro emancipationis praemio retinere possit, *text. hic.* & *l. 6 §. 3. Cod. de bon. quae lib.* Ratio est in *textu*: inhumanum enim videbatur, filium proprietate, & dominiô tertiae partis bonorum defraudari, & quod honoris ei ex emancipatione accedebat, dum scilicet sui Juris efficiebatur, hoc per rerum diminutionem decrescere, *Schneid. n. 7. hic.*

Ex hoc §. quia in nostra Germania hodie forma emancipationis vix ampliùs servatur, sed ipsô factô emancipatur, si privatam familiam, & oeconomiam

ducant *inferunt* D. D. non iniquitatis ſalem ſapere ſi pater à filio, cui cedit privatam familiam inſtituendi licentiam, aliquid petat quaſi in præmium tacitæ emancipationis. Deinde

5 *Inferunt* II. Uſumfructum, quem pater in bonis liberorum adventitiis habet, per tranſitum filii ad nuptias, habitò reſpectu ad Jus commune, non in totum expirare; ſed dimidiam illius partem patri, ob gratificationem emancipationis, præmii locò, adhuc deberi, ſicut olim, *l. 6.* §. 3. *Cod. de bon. quæ lib. Manz.* 9. & 10.

§. ITEM VOBIS.

Hactenus, quomodo nobis acquiratur per perſonas, in noſtra poteſtate *patria* conſtitutas; ſequitur de iis, quæ in poteſtate *dominica* exiſtunt, videlicet *Servis*, de quibus nobis modicus ſermo erit; quoniam, quæ in uſu non ſunt, attendenda non ſunt. Prolixiorem tamen explanationem *hujus* §. ſi deſideres, remitto te ad *Manz. hic*. Itaque ſervus quidquid acquirit, nobis acquirit, cùm ſervus proprium habere non poſſit. Quod *ampliatur*, ut non ſolùm domino ſcienti, ſed etiam ignoranti, & invito acquirat.

Limitatur autem procedere, in acquiſitione, inter vivos facta; ſecùs in his, quæ in ultimà voluntate obveniunt. Servus enim, adeundo hæreditatem, invito domino acquirere non poteſt, ne ſcilicet dominus invitus gravetur ære alieno, cùm hæreditas propter æs alienum latens damnoſa eſſe poſſit, *l. 6. ff. de acquir. hæred.*

§. DE IIS. 4.

Servus *fructuarius*, in quo quis uſumfructum habet, in duobus caſibus acquirit fructuario.

I. Quando ex re ipſius fructuarii aliquid conſequitur, ut, quia fructuarius fecit iſtum ſervum diſpenſatorem rerum ſuarum. II. Quando ſervus ex operibus ſuis quid conſequitur, veluti, ſi ſervus eſt *pictor*, vel *ſutor*, &c. Ea verò, quæ ſervus extra iſtas cauſas conſequitur, ad dominium proprietatis, non fructuarium pertinent. *text. hic.*

§. EX HIS. 5.

Quæritur in *hoc* §, *an etiam, & quomodo nobis acquiratur per extraneam perſonam, quæ ſcilicet neque patriæ, neque dominicæ noſtræ poteſtati ſubjecta eſt?* Ad hoc ℞. *Imperator*, regulam vulgarem prodiſſe, per extraneam perſonam nihil nobis acquiri; à regula tamen excipitur *Procurator* qui nobis acquiri poſſeſſionem, & per illas etiam dominium, & hoc propter mandatum; quod enim quis facit per alium, per ſe ipſum feciſſe intelligitur. Sed

Q. *An in prædictis caſibus requiratur ſcientia domini?* Ad hoc ℞. cum *diſtinctione*; vel loquimur de acquirenda ſola poſſeſſione, vel de uſucapiendi conditione, vel dominii acquiſitione. Poſſeſſio, & dominium etiam ignoranti domino acquiritur: ſufficit enim, quod ab initio mandatum interceſſerit. *Manz. n.* 10. *hic.*

Uſucapiendi conditio ignoranti non acquiritur: ratio *diſparitatis*, quia in uſucapione bona fides requiritur, ignorans autem nec bonam, nec malam fidem habet. *Manz. loc. cit.*

TITULUS

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

SUMMARIA

1 *Definitur Testamentum.*
2 *Cujus Juris sit Testamentum?*
3 *Testamenti factio ante Jus civile in usu fuit.*
4 *Enumerantur requisita ad Testamentum.*
5 *Debet scribi ab ipso testatore.*
6 *Institutio hæredis dicitur basis, & fundamentum Testamenti.*
7 *Ad Testamentum requiruntur VII. testes.*
8 *Illique debent esse idonei.*
9 *Testamentum debet fieri unico contextu.*
10 *Unde in eo non potest celebrari contractus.*
11 *Testamentum etiam alieno signo muniri potest.*
12. 13. 14. 15. 16. 17. & 18 *Quinam possint adhiberi testes.*
19 *An legatarii, & fideicommissarii rectè adhibeantur?*
20 *Testamentum Nuncupativum quid sit?*
21 *Recensentur ejus requisita.*
22 *Nuncupatio per relationem ad schedam non potest fieri.*
23 *Eliduntur argumenta contraria.*
24 *Testamentum, in foro fori nullum, an teneat in foro poli?*
25 *Holographum testamentum an valeat?*

AD PRINCIP.

1 TEstamentum ab etymologia *nominis* (de qua *disceptans Clariss. D. D. Franz. hic. n. 1. Manz. tract. de Testament. tit. 1. n. 9.*) *testatio mentis* dictum in *l. 1. ff. qui testam. facere poss.* concinnè *definitur*, quòd sit *Voluntatis nostræ justa Sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

Dicitur I. *Voluntatis nostræ*: quia Testamentum in voluntatem alterius conferri non potest, *l. 32. ff. de hæred. Instit.* & ultima voluntas non potest ex alieno arbitrio dependere, nam certum debet esse testantis consilium, *Manz. loc. cit. n. 5.*

Dicitur II. *justa*, i. e. Juri conformis; solennis, & omnibus numeris perfecta; & juxta legum præcepta ordinata, *arg. l. 1. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.*

Dicitur III. *Sententia* i. e. seria, & benè deliberata voluntas. *Schamb. hic.*

Dicitur IV. *De eo, quod quis post mortem suam fieri velit*, quibus verbis differt ab *actibus* inter *vivos*, scilicet *contractibus*, hi etenim statim suum sortiuntur effectum. Testamentum verò non nisi post mortem, viventis enim nulla est hæreditas, *l. 49. ff. de acq. hæred. Perez. ad Cod. h. t. Manz. n. 7.*

Q. I. *An Testamentum sit creatura Juris gentium an civilis.* 2

Ut in hujus controversiæ altercatione breviter me expediam, sic statuo: Res ipsa ortum habet à Jure gentium; sed formam, & solemnitatem Jus civile constituit, ita re ipsa docent *Harp. prin. h. t. n 62. Schneid. n. 6. Schamb. hic. Manz. hic. n. 6. Zoës. ff. qui testam. fac. poss. n. 1. Fünfterwald. lib. 2. obs. 110. n. 2. Vinn. Inst. hic. n. 3. Struv. ad ff. Exercit. 32. th. 3. & communiter omnes.*

Dissent. *Glettle de Testament. cap. 1. §. 3. Hunn. var. resol. tract. 5. q. 3.*

Prior

Prior *Sententia probatur* ex eo, quòd ante inductum Jus civile in usu fuerit testamenti factio, quemadmodum (ùt alia *loca* fileam) *Genes. cap.* 35. ѵ. perspicuè legimus, quòd Abrahamus filium suum Isaacum hæredem instituerit, exclusis concubinarum filiis, quibus tantummodò quædam munera est largitus. Idem patet ex *Tito Livio. lib.* 1. *decad.* 1. ubi refert, Tarquinium, testamentò patris hæredem institutum, omnia bona solum retulisse, exclusò fratre posthumò, cui à re nomen Egerii fuit.

Obj. de Jure naturæ nemo potest disponere in tempus, quo non est amplius rerum suarum dominus, quia paria sunt tempore fieri inhabili, & conferri in tempus inhabile, sed testator disponeret in tempus, quo non est amplius dominus, mors enim omnia solvit; ergò. ℞. *Distinguo maj.* Nemo potest in illud tempus disponere, quo non ampliùs est dominus effectivè *conced. maj.* executivè, *neg. maj.* Sed testator disponit in tempus, quo non non est ampliùs dominus, executivè, *conc. min.* effectivè, *neg. min.* & *conseq.*

Quantum ad voluntatem attinet, dispositio jam est sortita effectum in vita testatoris, qui perfectè disposuit id, quod voluit; licèt voluntatis executio fiat post mortem; nam & tunc, quando testatur, & eò ipso momento, quo moritur, bonorum suorum dominus est. Itaque, hæres ab intestato statim incipit ex Jure naturæ obligari ad implendam defuncti voluntatem, & hæres institutus illo momento, quo moritur testator, acquirit Jus in bona defuncti, ita, ut post mortem bona non fiant vacantia, quoniam jam naturaliter sunt obligata hæredi instituto.

§. SED, UT NIHIL. I. CUM §. SEQ.

Ut nihil antiquitatis ignoretur, enumerat *Imperator* in *hoc.* §. tria genera testamentorum, quæ olim in usu fuerunt, & hodie penitus exoleverunt. Ego de iis mentionem facere supersedeo; tum, quòd attendenda non sint, quæ in usu non sunt. Itaque ad *Schamb.* vel *Manz.* remissus esto.

§. SED CUM PAULATIM.

Jure *novò* Testamentum *dividitur* in *scriptum*, & *nuncupativum*. Illud est, quod adminiculo Scripturæ: hoc, quod adminiculo vivæ vocis perficitur.

Requisita de Jure communi ad testa- 4
mentum scriptum occurrunt sequentia.

I. Ut ultima voluntas vel ab ipso 5
testatore, vel ejus jussu ab alio scribatur, *l. hâc consultissima.* 21. *Cod. de testament. Perez ad Cod. d. t. n.* 2. *Manz. tract. de testam. tit.* 4. *num.* 6. In casu autem, quo alius testamentum scripsit, debet testator vel ipse, vel octavus testis illud subscribere. *Nov.* 119. *c.* 9. *Glettle de testam. cap.* 2. §. 1. *n.* 2. *Schneid. n.* 7.

II. Ut expressis verbis instituatur hæ-
res, *l.* 29. *Cod. eod.* cùm hæredis institu- 6
tio sit basis, & fundamentum testamenti, *l.* 10. *ff. de Jure Codicill. Zoes. loc. cit. n.* 27. *Schneid. n.* 8. *Manz. loc. cit. n.* 7. *Perez. ad Cod. n.* 5. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 2.

III. Ut adhibeantur 7. testes, *text. hic.* & *d. l.* 21. *Cod. de testament.* Ratio hujus numeri à variis varia redditur.

Vultejus §. 5. *Inst. h. t.* dicit, ita placuisse Romanis, ac pro ratione sufficere voluntatem.

Antonius *Faber* & Arumeus miserum refugium sumunt ab *l. non omnium.* 20. *ff. de LL.*

Harp.

Harpprecht, & *alii* nullam (putant) probabiliorem assignari posse rationem, quàm quòd veteres peculiarem quamdam vim & energiam huic numero septenario attribuerint. Quemadmodum is ab *Hebræis* dictus fuit numerus *libertatis*: à Pythagoricis *virginitatis*; ab Apuleio *purificationis*. Imo numerus septenarius, & facer, & plenus perfectionis dicitur, ejusque frequentissima occurrit mentio in sacra scriptura, v. g. die *septimo* quievit dominus, eodemque homines quiescere voluit. *Genes. cap.* 2. Septem millia non flexerunt genua coram Baal. *lib.* 3. *Reg. cap.* 18. ỽ. 22. Nam fratri septies in die condonabo; imò septuagesies septies *Matth. cap.* 18. ỽ. 22. Similiter Elisæus Propheta dixit ad Naaman leprosum, *vade*, & *lavare septies in Jordane*, & *recipiet sanitatem caro tua*, *atque mundaberis*.

Dices: in ore duorum, aut trium consistit omne verbum. *Matth.* 18. *ergo* non requiruntur 7. testes ℞. *Antec.* verum esse; nisi plures testes à lege desiderentur, prout in testamento ad evitandas fraudes à lege requiruntur.

Oppones *cap.* 10. ✠ *de testam.* ubi pœnâ anathematis affici jubetur, qui testamentum, coram parocho, & duobus testibus conditum, infirmat. ℞. Constitutionem, *d. c.* 10. locum habere in terris Ecclesiæ Romanæ subjectis; non vero in provinciis, ad imperium Romanum pertinentibus. *Harp. n.* 23.

Urges per *Nov. Leonis* 41. & 43. qua cavetur, ut in civitatibus 5. & in agris 3. testes ad testamentum sufficiant. ℞. Novellas Leonis non esse receptas, nisi quatenus sint conformes Juri civili. *Harp. n.* 21.

8 IV. Ut testes sint idonei, *h. e.* tales, qui nullô Jure testimonium dicere prohibeantur, de quibus *infra*.

V. Ut testes sint rogati specialiter ad hunc actum expediendum, nec casu, vel fortuitò advenerunt, *l.* 21. §. 2. *ff. qui testam. fac. poss.* *Glettle cap.* 2. §. 1. *n.* 15. *Manz. loc. cit. num.* 88. Rationem, cur rogari debeant? allegat *Menoch. de arbit. Jud. lib.* 2. *cent.* 5. *cas.* 495. *num.* 35. ut nimirum ex parte testantis excludatur omnis suspicio, & subordinatio.

VI. Requiritur, ut testes se subscribant, *l.* 21. *Cod. h. t.* nec unus scribere potest pro alio, sed, quisque propriâ manu se subscribat, necesse est, *l.* 80. *ff. qui testam. fac. poss.* Ni fortè in tali loco testamentum conficiatur, ubi tot literati coadunari nequeunt; tunc enim potest unus pro alio subscribere. *l. fin. Cod. h. t.*

VII. Requiritur, ut testes in conspectu sint testatoris, eumque videant, conspectum agnoscant, ac faciei lineamenta probè discernant. *l. Cod. h. t.* Ratio, ne fortè aliquis subornetur, qui vocem testatoris mentiretur, ut, suis temporibus à muliere quadam sagace esse factum, testatur Clarus, §. *testamentum q.* 59. *Glettle loc. cit. num.* 16. *Schneid. hic. n.* 7.

VIII. Ut testes testamento sigilla sua imprimant, *text. hic. l.* 22. §. 4. *ff. qui testam. facere poss.* ubi tamen necesse non est, ut singuli propriò annulò utantur, sed possunt sigillò uti etiam alienô. §. 7. *Inst. h. t. Manz. tr. de testam. tit.* 4. *n.* 139. Imò, si ab ipso testatore annulum acceperis, & signaveris, valet testamentum. *l.* 22. §. 2. *qui testam. fac. poss. Glettle loc. cit. n.* 18.

IX. Et ultimò, ut testandi actus unicô contextu absolvatur, adeòque nihil ab instituto negotio contrarium aut alienum interveniat. §. 3. *hic.* & *l.* 21. §. *fin. ff. d. t.* Ratio, ne memoria per actum extraneum à competente deliberatione avocetur, aut turbetur. *Manz. n.* 154. *loc. cit. Zoes. n.* 29. *ff. qui testam. fac. poss. Harp. n.* 2. *hic.* 9

Dicta tamen cum grano salis intelligenda sunt; quando enim dicimus testamentum unico contextu absolvendum esse, nolumus excludere actus, quos testatoris moribundi conditio, ratio sanitatis, aut naturæ necessitas efflagitat. Hinc si, calente negotio, Mysta veniat, sacrô cibô decumbentem refecturus, si medicamentum ægroto porrigendum, si superfluum naturæ pondus excernendum sit, ea propter testamentum non vitiatur, *Manz. tit.* 4. *q.* 1. *n.* 155.

Ex *dictis* suâ sponte fluit, inter testandi actum non posse celebrari contractum: ratio quia non potest testamentô intermisceri actus alienus, *d. l.* 21. §. *fin.* sed contractus est actus alienus; nam contractus fit inter plures, & semel perfectus, revocari nequit. *l.* 5. *Cod. de Q. & A.* Testamentum veró non fit, nisi ab uno, & insuper revocari potest usque ad extremum vitæ spiritum. *l.* 4. *ff. de adimend. legat.* ergó inter testandi actum contractus non potest celebrari. *Zoes. loc. cit. num.* 30. *Harp. n.* 5. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 5. *lit. H. Hunn. var. resol. lib.* 2. *tract.* 5. *q.* 4. *Fach. l.* 5. *cap.* 23.

Oppones *l.* 7. *ff. de libert. assignand.* ubi dicitur, pignus in testamento constitui posse; sed pignus est contractus, §. 4. *Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* ergò R. nos non ire inficias, quòd tales actus testamento immisceri possint, qui unius voluntate nituntur, qualis est assignatio liberti. Sic quoque non adversatur, *d. l.* 26. quia nihil aliud statuit, quàm quòd testator voluntatem suam de pignore, alteri, constituendo, in testamento declarare, hæredique necessitatem pignoris imponere possit; taliter enim contractus non celebratur, sed testator declarat, quid post mortem suam fieri velit.

Ad v. Ita ut Hoc.

Ex hactenus *dictis* patet, solenne testamentum esse *tripartitum*, *h. e.* ex triplici jure, puta, *civili Prætorio*, & *constitutionum* collectum; nam, quod uno contextu, in præsentia testium, ad hoc specialiter rogatorum, fieri debeat, est ex Jure civili. Quod autem testes, & testator se subscribere debeant, habetur ex Imperatorum constitutionibus. Et denique, quod signacula imprimi debeant, & 7. testes adhiberi, ex Jure Prætorio descendit. *Manz. num.* 13.

§. Sed His. 4.

Præter solennitates *suprà* enumeratas, *Justinianus* in *l.* 29. *Cod. de testam.* præcepit, ut testator ipse nomen hæredis scribat; vel si ex morbi acerbitate, vel scribendi imperitia id facere non possit, ut nomen hæredis coram testibus nuncupet, ut hi intelligant, quem hæredem consignare voluerit. Verùm hæc ipsa lex fuit posteà sublata, & necessitas, ita exprimendi nomen hæredis, remissa, ita, ut hodie sufficiat, nomen hæredis scribi per alium, dictante testatore. *Nov.* 119. *c.* 9. *Manz. n.* 4. *hic. Schamb. & Zoes. ff. h. t.*

§. Possunt. 5.

Jam ante dictum, nil referre, sive suô, sive alienô signô quis Testamentum munierit, imò etiam ipsius testatoris signo testamentum firmari posse, patet ex *d. l.* 22. §. 2. *ff. qui test. fac. poss.* Ratio est in *textu*, quia contingere poterat ut omnes, & singuli testes haberent proprios annulos; omnes tamen annuli unam sculpturam, & caracterem, fortè quia testes omnes sunt ex una familia, quo in casu idem esset ac si unum tantùm annulum haberent. *Manz. & Harp. hic.*

§. Tes-

§. TESTES. 6.

Q. *Hic quinam in testamento possint adhiberi testes*? Et *Imperator* statuit hanc regulam, testes adhiberi possunt omnes, quibus testamenti factio est, sive activa, sive passiva, *h. e.* qui & testamenta facere, & ipsi ex testamento capere possunt. *Manz. num.* 1. *Franz. n.* 2.

Mihi (ut verum fatear) præfata regula minus solida videtur; *mulier* enim habet testamenti factionem tam activam, quàm passivam, & tamen à testimonio repellitur. Item *filiusfam.* non habet testamenti factionem activam, & tamen in testamento testis rectè adhibetur. Itaque statuenda est alia regula, nimirum ista: Testes adhiberi possunt omnes, qui non prohibentur. Ita *Glettle tract. de testam. c.* 2. §. 1. *num.* 4. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 11.

12 Prohibetur autem I. *Mulier text. hic.* & *l.* 20. §. 6. *ff. qui testam. fac. poss.* Rationem prohibitionis refundunt nonnulli in fragilitatem sexûs, & infirmitatem Judicii. Male: sequeretur enim, fœminas in nullo planè casu ad dicendum testimonium idoneas esse, quod falsum; cum regulariter tamen in delictis, quam contractibus admittantur. *l.* 18. *ff. de testib.* & *d. l.* 20. §. 6. *Brunnem. ibid.* & *Farinac. de testib. q.* 59. Mihi placet illa ratio prohibitionis, quæ rejicitur in sollennitatem actûs, ut sensus sit, ideo mulieres in testamento testes adhiberi non posse, quia testes masculi requiruntur de forma. *Bachov.* & *Vinn. n.* 2. Concordat. *N. Oe. Land-Tafel tit.* 5. *lib.* 2.

II. Prohibetur *Impubes l.* 3. §. 5. *ff. qui testam. fac. poss.* & *text. hic.* idque propter lubricum animi consilium, judiciique atque intellectûs imbecilitatem, propter quam communiter ejus testimonium reprobatur.

III. Testis esse non potest *Servus*, quia 13 non habet Juris civilis communionem, imò Jure civili pro mortuo, & pro nullo habetur, *l.* 209. *ff. de R. J.* At testamentum quoad solennitates est Juris civilis; ergo, *Manz. num.* 9.

IV. Coercetur *mutus*, cùm testimo- 14 nium reddere possit *Surdus*, cùm vocem testatoris non exaudiat. *Furiosus*, cùm non intelligat, quid agat, *l.* 20. §. 4. *ff. qui testam. fac. poss. Glettle loc. cit. n.* 5.

V. Omnes ii, qui alias à lege in judicio prohibentur esse testes, prohibentur quoque in testamento adhiberi, bonum enim est argumentum à judiciis ad ultimas voluntates *negativè* non *affirmativè Schneid. n.* 7. *Manz. tract. de testam. tit.* 3. *q.* 1. Concord. *N. Oe. Land-Tafel, lib.* 2. *tit.* 5.

§. SED CUM ALIQUIS. 7.

Diximus, quod servus in testamento testis adhiberi nequeat; sed

Q. hic, *quid Juris? si servus, qui vulgo credebatur esse liber, defacto testis fuerit adhibitus?* R. Imperator, quod ex liberalitate tali testamento ob favorem ultimæ voluntatis subveniat, vel valere faciat, *text. hic.* & *l.* 1. *Cod. de testam. Schamb.* & *Manz. hic.*

Dices: ergo error communis facit Jus? R. quod error communis non sit adæquata ratio, quare tale testamentum subsistat; sed, ut ultima voluntas sortiatur exitum. *Mynsing.* & *Vin. hic.* Quomodo autem & quando error communis faciat Jus, est altioris indaginis. *Vide Zoes. ff. de off. Præs. ad l. Barbarius.*

§. PATER. 8.

Q. in hoc §. *an ex eadem domo plures testes producere liceat?* v. g. ego volo testamentum condere, potestne in eo adhiberi testis pater, & filius simul?

item duo fratres? Rationes dubitandi sunt duæ. I. Est, quoniam testimonium domesticum reprobatur. §. 9. *h. t.* & *c.* 24. *de testib.* II. Quia non reputatur ut idoneus testis, cui imperari potest, *l. 6. ff. de testibus.*

15 Verum *Imperator* statuit, patrem & filium, item duos fratres in eodem testamento rectè adhiberi testes; ratio, quia in testamento extranei cessat omnis suspicio falsitatis, collusionis, aut conspirationis. *Harp. num.* 2.

Ad I. rationem dubitandi. ℞. quod domesticum testimonium tum demùm reprobetur, si negotium sit inter ipsos domesticos; non etiam, si negotium versetur inter extraneos: tunc enim cessat suspicio collusionis.

Ad II patet solutio, quoniam *d. l. 6.* procedit, si is, cui imperari potest, testis fiat in causa imperantis, secùs, si fiat testis in causa extranei *Schamb. hic. num.* 3.

§. In Testibus. 9.

16 Declarat hic *Imperator*, quòd liberi in testamento patris, cujus in potestate sunt constituti, testes adhiberi nequeant, quia testimonium domesticum reprobatur, *text. hic.* & *c.*24. ✠ *de testib.* Ratio alia, quia in causa propria nemo est idoneus testis, *l.* 3. *Cod. de testib.* sed filius testaretur in causa propria, debet enim in testamento hæres institui; ergò.

Ad ℣. Sed si.

17 Q. hic, *an pater possit esse testis in testamento filiifam, Si de peculio castrensi testatur?* & ℞. *negativè* his verbis: *Sed, si filiusfam. de castrensi peculio post missionem faciat Testamentum, nec pater ejus rectè adhibetur testis.*

Sed vehementer adversatur, *l.* 20. §. 2. *qui testam. fac. poss.* his verbis: *per contrarium quæri potest, an Pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo in testamento testis possit?* & *Marcellus scribit, posse.*

Hotomannus in hac textuum contrarietate existimat, tantam esse difficultatem, ut videatur operam ludere, qui eos tentat in concordiam reducere. Sed maneat sua Hotomanno fides: ego referre existimo, an filiusfam. ante missionem Jure *militari*, vel post missionem Jure *communi* testetur? In priori casu sortitur locum *d. l.* 20. §. 2. tametsi enim filiusfam. Jure militari testamentum condens, nullis planè testibus indigeat, atque ita inepta videatur dubitatio, possitne pater in tali testamento testis esse? quia tamen non semper testamentum scriptum, sed quandoque nuncupativum conficit hoc saltem casu quæstioni nostræ locus erit. In posteriori casu obtinet §. 9. *hic.* Ratio differentiæ est, quia si filiusfam in castris ante missionem testamentum condit, legibus, & solennitatibus solutus est, post missionem vero Juris præcepta observare tenetur. *Glettle tract. de testam. c.* 2. §. 1. *n.* 8. *Harp. n.* 6. *Manz. n.* 9. *Ludw. hic.*

§. Sed neque Hæres. 10.

Q. Hic, *an hæres in eo testamento, in quo institutus est, possit esse testis?* ℞. quod neque hæres ipse: quia in causa propria nemo est idoneus testis, *d. c.* 24. ✠ *de testib.* & *l.* 10. *Cod. eod.* Neque is, qui in potestate ejus est, nec pater ejus, nec fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possint: domesticum enim testimonium reprobatur. *Manz.* & *cæteri omnes* hîc Concord. *N. Oe. Land-Tafel loc. cit.* 18

§. Lega-

§. LEGATARIIS. 11.

Q. hic, *an legatarii & fidei-commissarii possint esse testes in testamento?*

Ratio dubitandi est, quia nemo potest esse testis in propria causa; atqui legatarii, & fidei commissarii, censentur testificari in causa propria; tunc enim propria causa versari dicitur, quando ex illa quoddam emolumentum vel damnum ad aliquem redundat, *l. 1. §. 11. ff. quando appelland.* sed ex hac causa id contingit, quia testamento subsistente, legata etiam, & fideicommissa subsistunt, eò autem corruente & infirmatò legata quoque corruunt, *ergo.*

Verum, hac ratione dubitandi non attentâ statuendum est, legatarios, & fidei-commissarios in testamento rectè adhiberi testes. Ita *Manz. tract. de testam. tit. 5. quæst. 1. n. 50. Glettle loc. cit. cap. 4 §. 1. n. 12. Harp. Inst. hic. n. 11. Zoes. ff. qui testam. fac. poss n. 36.* Concord. *Jus Austriac. N. Oe. Land-Tafel, lib. 2. tit. 5. aber die legatarien* &c. i. e. *Legatarii vero, & alii, ad quos rerum singularium dispositio quædam Testatoris pertinet, possint utique in testamento testes esse, nisi legatum sit momenti majoris; tunc enim, ex regionis usu testes esse nequirent.*

Probatur I. per §. 11. *hic. & l. 20. ff. d. t.* quibus locis luculenter sancitur, legatarios fidei-commissarios in testamento recte adhiberi testes, ex ratione, quia non Juris successores sunt, & totum negotium videtur esse inter testatorem, & hæredem; non veró inter testatorem, & legatarios, sive fidei-commissarios, *Perez ad cod. h. t. num. 13.*

Ad rationem dubitandi ℞ legatarios, & fidei-commissarios non testificari in causa propria, sed principaliter, & primario in causa hæredis; hujus enim utilitas, & emolumentum vertitur primatio: legatariorum veró utilitas tantum venit secundario, & in consequentiam, multa autem secundario, & in consequentiam permittuntur, quæ principaliter prohibentur, *l. 1. ℣ per consequentias. ff. de author. & consens. tut. Schamb. Inst. hic.*

Urgebis: Licet testificantis commodum tantum veniat in consequentiam; in causa tamen propria testis esse non potest. *L. ult. ff. de testib.* ubi advocatus in ea causa, in qua patrocinium præbuit, non potest produci testis; licet commodum ejus, puta, interesse existimationis, secundario tantum vertatur: ergo etiam idem in legatariis, & fidei-commissariis obtinebit. ℞ *conc. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quod legatarii, & fidei-commissarii non adhibeantur testes ad probandam rei gestæ veritatem, (alias enim duo sufficerent) sed ad solennizandum testamentum Ita *Schamb. Inst. hic.* Verùm hæc ipsa solutio exinde suspecta redditur, quód legatarius non solum ad solennizandum testamentum, sed etiam ad probandam veritatem testis recipiatur. *Farinac. tract. de testib. quæst. 60 n. 289.* Alia proinde solutio tribuenda, dic, esse speciale in testamento, quod legatarii in eo possint adhiberi testes; rationem autem specialitatis in eo constitui, ne aliàs difficile sit reperire aliquos, qui testes agerent: enimveró omnes refugerent officium testis, si scirent, hac via omnem spem legati præcidi, *Menoch de arbit. jud. lib. 2. cas. 106. num. 14.* Aliter adhuc ℞. *Harp. Inst. hic. n. 12. Manz. loc. cit. num. 53.*

§. NIHIL 12.

Quamvis non sit licitum Notariis, in quacunque materia scribere instrumentũ, sed solenniora in pergamento scribere debeant. *Nov. 44. cap. 2. Gril. lib. 1. obs.* 119.

119. *n.* 3. testamentum tamen in quacunque materia, seu charta, seu membrana, seu corio, seu ligno scribi potest; ratio non est alia, quàm favor ultimæ voluntatis. *Manz. hic.*

§. Sed Et Unum. 13.

Tametsi nemo paganorum cum duobus testamentis decedere possit, semper enim prius rumpitur per posterius, §. 2. *Inst. quib. mod. testam. infirment.* unum tamen testamentum pluribus codicibus confici potest; ita tamen, ut sint ejusdem tenoris, & habeant omnes requisitas solennitates, quæ si observatæ non fuerint, tum reliqua non testamentum, sed apographa, seu descriptiones tantum & copiæ, vulgò *Copey oder Abschrifften* nominabuntur, *N. Oe. Land-Tafel. lib. 2. tit. 9.*

§. Sed Hæc Fin.

20 Hactenus de Testamento solenni *scripto*: rectè methodô sequitur de *nuncupativo*; vocatur autem testamentum nuncupativum, quando testator linguâ suam voluntatem exprimit, & vivâ voce hæredem nuncupat, de hoc testandi genere agit, *l.* 21. §. 2. & *l.* 26. *Cod. de testam.*

Requisita hujus testamenti absolvunt sequentia.

21 I. Requiritur, ut testator hæredes palàm, sive, ut voce suâ exprimat nomen hæredis, *l.* 21. *ff. qui testament. facer. poss.* & *l.* 29. *Cod. h. t. dass der Geschäfftiger seinen letzten Willen lauter, und klärlichen mit eigenem Munde anzeigen. N. Oe. Land-Tafel, lib. 2. tit.* 10.

Dicitur *vivâ voce*, unde si testator articulatè, *h. e. verstandlich*, amplius loqui non possit, & nutu duntaxat, Notario fortè interroganti, an Titium hæredem habere velit? assentiat; testamentum non valet, *l.* 29. *Cod. h. t.* ubi is, qui neque scribere, neque articulatè loqui potest, mortuo assimilatur. Non aliud proinde erit ejus testamentum, nisi mortuum, *h. e.* nullum, & invalidum. *Fach. l.* 5. *cap.* 69. *Carpzov. part.* 3. *Const.* 5. *definit.* 9. *Glettle loc. cit. cap.* 2. §. *num.* 2. *Manz. loc. cit. num.* 53. ubi ait, nec illud testamentum valere, si vis, me hæredem tuum esse, manum preme meam!

22 Q. II. *An nuncupatio per relationem ad schedam rectè fiat?* v. g. Q. *an valeat testamentum nuncupativum, si testator schedam aliquam in manibus teneat; vel apud Guardianum Franciscanorum depositam habeat, & coram testibus vivâ voce declaret, illum hæredem esse, qui in præfata scheda scriptus est?*

I. Sententia *affirmat.* Ita Berlich. *part.* 3. *conclus.* 4. *num.* 22. Zoes. *ff. qui testam. fac. poss. n.* 56. *Struv. exercit. ad ff.* 33. *th.* 7.

Moventur I. Hac ratione, quia non refert, quid fiat ex æquipollentibus, *l.* 2. §. *si cui ff. de legat.* 3. atqui relatio ad schedam videtur esse æquipollens, cùm æquè perinde de nomine hæredis constare possit, quàm per vivam vocem, *ergò.*

Moventur II. Per *l.* 9. §. 8. *ff. de hæred. Instit.* ubi, *si quis nomen hæredis quidem non dixerit; sed indubitabili signô demonstraverit, valet Institutio*; atqui relatio ad schedam est signum indubitabile, *ergò.*

Moventur III. per *l.* 6. *ff. de R. C.* ubi, nihil referre dicitur, an propriô nomine res appelletur; an digitô ostendatur; aut vocabulis aliis demonstretur; ergò idem in nostro casu asserendum.

Verum, utut hæc sententia veri speciem præ se ferat, *negativa* tamen præplacet.

placet, quam calculô suô muniunt *Bachov. Inst. hic. Manz. tr. de testam. tit. 4. q. 2. n. 16. Brunnem. ad d. l. 31. ff. qui testam. fac. poss. Glettle loc. cit. n. 6.*

Probatur hæc posterior *Sententia* per *Textum* evidentem in *d. l. 21.* his verbis *Hæredes palàm, ita, ut exaudiri possint, nuncupandi sunt*; Sed, si relatio fiat ad Schedam, tam parùm exaudiuntur, quàm parùm ego exaudirem decretum Principis, si in scripturam redactum, mihi quidem ostenderetur, non tamen prælegeretur.

Accedit prætereà genuina ratio, quia nimirum inter testamentum scriptum, & nuncupativum hæc potissimùm differentia adstruitur, quód in illo testes ignorent, quis sit hæres, in hoc verò id sciant. *Harp. hic. n. 3. Schneid. in rubr. h. t. n. 2. §. fin. eod. n.* Quæ sanè differentia cessaret, si relatio ad Schedam rectè fieret.

23 Ad I. R. *d. l. 11. §. si cui ff. de legat. 3.* non procedere in casu, quo aliquid pro forma ad actum aliquem desideratur; forma enim per æquipollens non adimpletur, *l. 33. ff. de Jurejur.* Sic, licèt per testimonium mulieris de voluntate testatoris constare possèt, coërcetur tamen à ferendo testimonio, quia masculus testis de forma requiritur.

Ad II *dico*, requiri tale indubitabile signum, ex quo testibus nomen hæredis statim innotescit, quale non est relatio ad schedam.

Ad III. Jam patet solutio, quoniam demonstratio, per digitum facta tale signum est, ex quo testibus sufficienter innotescit, quis sit hæres.

II. Requiritur ad testamentum nuncupativum, ut testator nuncupationem suam omnino absolverit. Unde, si testator inter testandi actum obmutuisset; vel in sermone defecisset, sive subitâ morte, sive epilepsiâ, sive apoplexiâ impeditus, ita, ut nihil ampliùs proloqui potuisset, testamentum non valeret, *l. 25. ff. qui testam. fac. poss.* Ratio, quia Jus nostrum non patitur, aliquem pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere, *l. 7. ff. de R. J. Manz. loc. cit. n. 50.*

III. Requiritur, ut adhibeantur 7. testes *d. l. 21. §. 2. & l. 26. Cod. de testam.* iique sint in conspectu testatoris, *l. 9. Cod. eod.* ne fortè per fraudem contingat, ut quis subornetur, & vocem testatoris effingat.

IV. Ut testes fuerint speciatim ad hunc actum rogati, vel convocati, *d. l. 21. §. pen. Schneid. n. 1. Harp. n. 2. Manz. n. 62. & seqq. loc. cit.*

Advertis modò, in testamento nuncupativo easdem ferè solennitates requiri, quæ in scripto sunt necessariæ, præter externam solennitatem scripturæ, subscriptionis, & subsignationis, *Perez ad Cod. h. t. 12. Mynsing. n. 4. hic Zoes. ff. qui testam. facere poss. n. 54.* Sanè tametsi ad testamentum nuncupativum scriptura non requiratur; non tamen ineptè ille fecerit, qui illud in scripturam à Notario redigi curaverit; ut nimirum in casu, quo testes mortui, aut in longinquas regiones digressi sunt ultima voluntas nihilominùs sufficienter doceri possit. *Glettle tract. de testam. cap. 2. §. 2. n. 1. Zoes. n. 57. Schneid. 7. Perez. ad Cod. h. t. n 13.* Neque tamen eapropter desinet esse testamentum nuncupativum, cùm scriptura non solennitatis, sed probationis ergò adhibeatur; prout in simili de consuetudine diximus, quæ licet in scripturam redigatur, adhuc tamen Jus non scriptum manet, *Schamb. Inst. hic. Manz. tract. de testam. tit. 4. q. 2. n. 47.*

Q. III. *An solennitates, hactenus enumeratæ, sint de forma substantiali; an de probatо-*

probatoria tantum? Sive (ut magis perspicue loquar) *an testamentum, debitis solennitatibus destitutum, ita nullum sit, ut ne quidem in foro animæ teneat?* Casus solennissimæ hujus, à Theologis non minus, quàm Jurisperitis utramque in partem vehementi diffidiò agitatæ *Controversiæ* talis esto! Sempronius coram 5. testibus, vel coram 7. sed non idoneis, fortè, quia per imprudentiam mulierem adhibuit, condidit testamentum, & me hæredem scripsit. Consurgit Quæstio: an ego possim, vigore hujus testamenti, res, quas forsan ex hæreditate possideo, salvâ conscientiâ, retinere, vel si hæres ab intestato res hæreditarias possideat, in foro conscientiæ illas mihi restituere teneatur?

24 Sunt non infimæ notæ AA. qui *negativam* fortiter sustineant, doceantque tale testamentum neque in foro fori, neque in foro poli subsistere, atque adeò me obligari in conscientia, res, ex tali testamento acquisitas, legitimis hæredibus restituere. Ita *Covarruv. in c. cum esses* 10. ✠ *de testament. n.* 9. *& seqq. Pirrhing. lib.* 3. *de testament sect.* 1. *§.* 3. *n.* 13. *Cardin. de Lugo de J. & J. disp.* 2. *sect.* 9. *Layman. lib.* 1. *Theolog. moral. tract.* 4 *cap.* 17. *n.* 2. *& seqq. Gomez. ad leg. Tauri* 3. *n.* 120. *P. Engel. de Constitut. §.* 3. *n.* 54. *Gletle tract. de testam. cap.* 1. *§.* 5. *Manz tract. de testam. tit.* 5. *q.* 7. *Harp. §.* 3. *Inst. h. t. n.* 26. *Schamb. Inst. hic. Clariss. DD. Franz. select. quæst.* 22.

Fundamenta hujus *sententiæ* sunt sequentia.

I. Taliter adornant: Lex justa in foro fori, est etiam justa in foro poli, uti patet in præscriptione, & usucapione; sed lex, quæ irritat voluntatem testatoris, debitis solennitatibus destitutam, est justa in foro fori, quoniam respicit utilitatem reipublicæ, ut videlicet testamenta à fraudibus reddantur immunia; ergò etiam justa in foro poli.

II. Ita efformant: Judex testamentum debitis solennitatibus destitutum, justè pronunciat, esse nullum, & hæreditatem legitimis hæredibus justè adjudicat, *arg. l.* 3. *Cod. h. t.* ergo tale testamentum erit etiam nullum in foro conscientiæ; alias sequeretur, quód is, qui pro se habet sententiam justam, non esset tutus in conscientia.

III. Hunc in modum adstruunt: de Jure Canonico testamentum, sine præsentia parochi conditum, est nullum, *c. cùm esses* 10. ✠ *h. t.* ergo non obligat in conscientia; alias sequeretur, quód Jus Canonicum actum aliquem declaret nullum, qui tenet in conscientia.

IV. Desumunt ex *l.* 23. *& l.* 29. *Cod. de fideicommiss.* Quibus locis perspicuè traditur, legatum, vel fideicommissum, in testamento imperfecto relictum, peti non posse.

V. Sic effingunt, ad omnem actum requiritur non tantum voluntas, sed etiam potestas, *arg. l. nemo potest. ff. de legat.* atqui in nostro casu deficit potestas, quia nemo potest validum testamentum conficere sine solennitatibus, lege requisitis, *l.* 21. *Cod. de testam.* ergo.

VI. In eo ponunt, quod actus, à lege simpliciter irritatus, censeatur irritatus non tantùm in foro externo, sed etiam interno; sic matrimonium clandestinum per *Concil. Trident.* 24. *de reformat. Matrim. c.* 1. simpliciter irritatum, dicitur irritatum non tantùm in foro externo, sed etiam interno. Item professio, ante 16. annum emissa, in *Concil. Trident. sess.* 25. *de Regularib cap.* 15. simpliciter irritata, dicitur in utroque foro irritata; atqui testamentum, debitis solennitatibus destitutum, est simpliciter irritatum, *l.* 21. *§.* 1. *Cod. h. t.* ergó censetur non tantum in foro externo, sed etiam interno irritatum.

Verùm,

Verum, his non *attentis*, semper mihi visa est, & adhuc videtur, verior tutiórque sententia, quæ docet, testamentum, debitis solennitatibus destitutum, in foro conscientiæ tenere, adeoque ab hærede scripto licitè retineri res ex tali testamento acquisitas; nec restituendas esse hæredibus ab intestato; sed hos potiùs teneri, scriptis hæredibus easdem reddere. Ita docent *Molina de J. & J. disp.* 81. *n.* 16. *Less. lib.* 2. *d. J. & J. cap.* 19. *dubit.* 3. *n.* 13. *Fach. l.* 4. *cont.* 5. *Zoes. ff. qui testam. facer. poss. n.* 43. *Bach. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 5. *lit. A. Vinn.* §. 3. *Inst. h. t. num.* 8. *Mantic. de conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 14. *num.* 13.

Probatur I. Ubicunque datur obligatio naturalis, ibi datur obligatio conscientiæ, *c. novit.* 12. ✗ *de judiciis*; Sed ex testamento, licèt debitis solemnitatibus destituto, datur obligatio naturalis; *ergo* etiam datur obigatio conscientiæ. *min. ostenditur.* Solutum ex testamento imperfecto repeti non potest, *l.* 2. *Cod. de fidei-commiss. l.* 16. *Cod. de testament.* ergò ex testamento imperfecto nascitur obligatio naturalis, quia id, quod nullò modò, *h. e.* neque naturaliter, neque civiliter debetur, si solutum sit, repeti potest, *l.* 7. *l.* 13. *ff. de condict. indeb. Schneid. Inst.* §. 1. *Quib. mod. recontrah. oblig. n.* 3. *Perez. Cod. de condict. indeb. n.* 3. *Zoes. ff. eod. n.* 9.

Dices: non ideò solventi legatum ex testamento imperfecto repetitionem per condictionem indebiti, non dari, quia illud legatum debetur naturaliter; sed ideò, quia illud solvendo commisit errorem Juris, qualem errorem qui committit, condictionem indebiti perdit; licèt solutum neque naturaliter, neque civiliter fuerit debitum, *l.* 10. *ff. de Juris, & facti ignorant. Zoes. ff. loc. cit. n.* 14. *Harp.* §. 1. *Inst. quib. mod. recontrah. oblig. n.* 54. ℞. *neg. & perneg.* errorem Juris causam esse amissæ condictionis indebiti, tametsi enim *Zoes. & Harp.* autument, condictionem indebiti non competere, si id, quod neque naturaliter, neque civiliter debitum est, solutum sit; contraria tamen sententia tam de Jure, quàm de ratione naturali æquitati longè videtur esse verior, prout eam acriter propugnant *Carpzov. p.* 3. *constit.* 15. *definit.* 42. *Sichardus in l.* 1. *Cod. de condict. indeb. n.* 2. *Wesenb. in paratit. ad ff. eod. n.* 9. *& centeni alii*, qua tamen de re nos alibi.

Probatur II. Ex *disserť. text. l.* 2. *Cod. de fidei commiss.* his verbis: *etsi fidei commissum relictum sit; si tamen hæredes comperta voluntate defuncti, id præstiterint, nulla ejus quæstio fidei-commissariis moveri potest; cùm non ex sola scriptura, sed conscientiâ relicti fidei-commissi, voluntati defuncti videatur satisfactum.* En! ut testatoris voluntati satisfactum esse dicatur, non est necesse, ut scriptura, *h. e.* testamentum valeat; sed sufficit, quòd hæres sciverit voluntatem defuncti, quam tenetur adimplere, eò quod de Jure naturæ sufficiat, quòd de voluntate testatoris satis constet.

Probatur III. Hóc *argumentò*, id quod ex testamento imperfecto debetur, deducitur in constitutum. *Schneid.* §. 8. *Inst. de act. n.* 23. ergò signum est, quòd debeatur naturaliter, quia, quod neque naturaliter, neque civiliter debetur, in constitutum non deducitur. *Zoes. ff. de constit. pecun. num.* 5. *Schneid. loc. cit.*

Probatur. IV. Ut testamentum de Jure naturæ valeat, sufficit, intervenisse duos, aut tres testes, *arg. c. cùm esses* 10. ✗ *de testam.* ubi diciturque, quòd in ore duorum, aut trium consistat omne verbum; atqui testamentum, quod valet de Jure naturæ, obligat conscientia, *d. c. novit.* 13. ergò.

Probatur V. Solemnitates, quas Jus civile in testamentis conficiẽdis requirit, ideò debent adhiberi, ne facile committantur fraudes, *l. ult. Cod. fidei commiss. l.* 21. *Cod. de testam.* Sin ergò de veritate, & enixà testatoris voluntate certò constet, testamentum valebit; tametsi solemnitatibus, Jure civili requisitis, instructum non sit.

Argumenta contraria eâ, quâ producuntur, facilitate contunduntur.

Ad I. quidem ℞. *neg. maj.* tametsi enim quandoque lex in foro fori justa sit, utpote ob justam, & gravem causam in reipubl. emolumentum constituta; non tamen ea propter in foro etiam conscientiæ obtinet. Quod ipsum satis perpendisse videtur sapientissimus Romanorum Seneca: *angusta* (inquiens) *conscientia est, secundùm legem esse justum.* Sic, licèt emptor in casu, quo venditor infra dimidium ex contractu læsus est in foro externo supplere pretium non teneatur; nemo tamen dixerit, quòd in foro conscientiæ etiam non teneatur.

Item, licèt actioni redhibitoriæ, quanti minoris, de dolo malo, certò tempore ita præscribatur, ut intentari in judicio nequeat, reus tamen, qui dolum commisit, in foro conscientiæ tutus non est. Pariter, licèt de Jure civili quis mala fide præscriptionem longissimi temporis ita compleat, ut rem præscriptam in foro fori non teneatur restituere, tenetur tamen in foro conscientiæ. Denique fac, quòd Titius tibi abstulerit catenam auream, & ea propter à te actione rei vindicatoria impetatur, numquid, sin tu in probatione dominii deficias, Titius in foro fori absolvitur? & tamen in foro poli tutus non est; ergò lex justa in foro fori non semper est justa in foro poli.

Ad II. Ex dictis patet solutio: Judex enim judicat secundùm forum fori. Sic in dato ultimo exemplo Titium rectè absolvit à restitutione catenæ aureæ; tametsi Titius, eam non restituendò peccet.

Ad III. ℞. etiam in Jure Canonico forum fori distingui à foro poli. Sic Jus Canonicum permittit, contrahentes invicem se decipere, dummodo læsio non excedat dimidium justi pretii, *c. pen. & c. cum dilecti* ✠ *de empt. & vend.* & tamen hoc non licet in foro conscientiæ: Paulus enim Apostolus admonuit, ne quis in negotio circumveniat fratrem suum. Deinde Jus Canonicum testamentum, coram duobus testibus sine præsentia parochi confectum, solummodò declarat nullum in foro externo, non etiam interno; quemadmodum exinde patet, quòd ad tale testamentum infringendum de Jure Canonico nullum remedium datum sit. Sanè etiam Jus Canonicum in foro fori multa decernit; quæ tamen in foro poli nos semper procedunt. Vide *Mantic. loc. cit. n.* 24.

IV. Exinde ruit, quòd nos ipsi adversariis concedamus, legatum, vel fideicommissum ex testamento imperfecto per actionem aliquam in foro externo peti non posse. Sed illud negemus, in foro conscientiæ peti non posse.

V. Ex dictis convellitur, tametsi enim deficiat potestas, aliquem ex testamento imperfecto obligandi de Jure civili, & in foro fori; non tamen deficit potestas illa obligandi in foro conscientiæ, utpote in quo sufficit, quod testamentum valeat de Jure naturæ, *h. e.* sufficienter constet de voluntate defuncti.

Ad VI. & *ultimum neg. maj.* Ad confirmationem dico, quòd à Concilio Tridentino expressè clausula, irritans matrimonium clandestinum, & professionem ante 16. annum etiam quoad fo-

rum

rum conscientiæ subjuncta fuerit; nullibi autem in toto nostro. Jure cautum est, testamentum, in foro fori nullum, esse quoque irritatum in foro conscientiæ.

Ex *dictis* luculenter patet utriusque *Sententiæ* tanta probabilitas, ut dubium mihi nullum hæreat, posse aliquem utramque tutò sequi; quoties enim duarum opinionum, practicè probabilium, conflictus occurrit, possum quamlibet tutò sequi, etiam contra propriam opinionem probabiliorem, & tutiorem visam. *P. Sporer in Decalog. p. 1. tract. 1. c. 1. sect. 3. assert.* 8. §. 1. & 3.

Porrò, quæ hucusque de testamentorum requisitis, & solennitatibus accumulavimus, ab eorum observatione ferè ubique gentium recessum esse, testis est *Perez. ad Cod. h. t. num.* 20.

Sic de Jure *Austriaco* ad valorem testamenti scripti nullæ penitus solennitates requiruntur, sed sufficit, quod sit holographum, *h. e.* à principio usque ad finem propria manu testatoris scriptum, & ejus subscriptione, nec non sigilli appressione munitum. *N. Oe. Land Tafel, lib. 3. tit. 3. Wann einer sein Testament*, &c. i. e. *Si quis sua manu Testamentum suum à capite ad calcem conscripserit, atque subsignaverit, ita ut nulla scriptio extranea ibi sit admixta, & Testamentum annulo suo, aut familiæ insignibus, quibus uti solet, signaverit: id Testamentum, secundum regionis mores solemne ac validum habetur, nec ut teste ullo, sigillove extraneorum, aut annulo, vel alia solennitate, sit ornatum, necesse est.*

Dixi: *mit eigener Hand durchaus schreibet.* Testamentum enim, manu alienâ scriptum, & testatoris solâ subscriptione, & sigillatione munitum non subsistit. *N. Oe. Land-Tafel, loc. cit.* his verbis: *Da er aber* &c. i. e. *Si vero alterius manu Testamentum exaratum fuerit; quanquam Testatoris manu in continenti subscriptum, & sigillo munitum sit, solenne non est, neque validum, nisi saltem uno aut duobus Testibus, una cum scriptore Testamenti, ac sigillis illorum sit adprobatum.*

Dicta procedūt de testamento *scripto.* Ad *nuncupativum* de Jure *Austriaco* requiritur, ut adhibeantur 5. testes. *N. Oe. Land-Tafel, lib. 3. tit.* 10 *Die Wort* &c. i. e. *Testamenta quæ verbis & ore fiunt, Nuncupativa dicta, juxta consuetudinem regionis sic possunt constitui. Scilicet, advocatis à Testatore quinque viris honestis, loci incolis, quibus ipse clara voce ultimam voluntatem suam declaret, rogans, ut ejus sint memores atque testes, testimoniumque hac de re in tempore statuto coram Judice ordinario perhibere, prout juris est, ne graventur.*

Joannes Henricus Reutter *in suis differentiis Juris civilis Austriaci, ad Tab.* 7. *num.* 7. asserit in testamento nuncupativo, exceptâ civitate Viennensi, in aliis Dicasteriis sufficere, si adhibiti fuerint tres testes. *Ausser des Burgersch. ft.* &c. i. e. *In aliis judiciis Austriæ, Viennensibus tantummodo exceptis, satis est si tres haud rejiciendi testes, ad Testamentum sive scriptum, sive nuncupativum adhibiti fuerint.*

At *quid si duo tantùm fuerint adhibiti?* *Manzius tract. de testam. tit.* 4. *quæst.* 1. *nu.* 68. *Carpzov. par.* 3. *const.* 4. *definit.* 41. *num.* 3. Item *Walter de Jure consuetud. Austr. l.* 3. *tit.* 3. *v. Welcher dann;* &c. existimant in Austria, & Venetiis illos sufficere. Sed contrarium scribit *Suttinger in lit. T.* illis verbis: *So haben doch.* &c. i. e. *Regimen Austriacum, atque Jus Provinciale contrarium statuerunt, nec hucusque demonstratum fuit, sufficere testes duos ad Testamentum conficiendum regionis moribus.*

Qq 2 Proinde

Proinde optimè, & securissimè ille fecerit, qui nuncupativè testari volens, ad minimum 3. 4. aut 5. testes abhibuerit; vel omninò solemnitates Juris *communis* observaverit. *Finsterwal. l. 2. obs. 117. num. 6.*

TITULUS XI.

DE TESTAMENTO MILITARI.

SUMMARIA.

1 *Testamentum militare valet sine solennitatibus.*

2 *Quæ sit ratio hujus privilegii?*

3 *Milites stationarii, & limitanei hoc privilegiò non gaudent.*

4 *Veterani milites qui dicantur?*

5 *Testamentum militare post missionem durat unò annò.*

6 *Testamentum, Jure paganorum nullum, per militiam sequentem confirmatur.*

7 *Milites togati an Jure militari testentur?*

HUcusque dictum est de testamento *solenni*; sequitur de *minùs solenni*, quale est testamentum *militare*.

AD PRINCIP.

1 Enumeratas hactenus solemnitates milites in suis testamentis adhibere non debent; sed eorum testamenta valent, licèt neque legitimum numerum testium, neque aliam testamentorum solennitatem adhibuerint, dummodò constet de ipsorum voluntate, sola enim voluntas militis pro Jure habetur, *text. hic. & l. 1. ff. h. t.* Itaque si miles suam voluntatem in vagina, seu clypeo litteris sanguine suò rutilantibus, declaraverit, aut in pulvere scripserit, valet jus voluntas Jure testamenti, *l. 15. Cod. h. t. Brunnem. in d. l. 15. n. 2.*

Q. I. *Quæ sit causa, & ratio, quòd militibus hoc privilegium concessum sit?* 2
Rejiciunt aliqui rationem in simplicitatem, & imperitiam militum, utpote qui arma magis, quàm Jura, & leges scire, intelliguntur, *l. fin. Cod. de Jure delib.* Sed impulsiva magis est, quàm adæquata hæc ratio: non enim longè efferre oculos necesse est, & deprehendes, nostris etiam temporibus reperiri milites, in quorum ingenio non ultimò locò Jurisprudentiæ intelligentia collata est.

Adæquata proinde ratio hujus privilegii ponenda est in periculis, quæ pro patriæ defensione, & rerum nostrarum gloriosa tuitione suscipiunt. *Manz. Inst. hic num. 4. Schamb. q. 1. hic. Glettle tract. de Testament. cap. 2. §. 1. num. 2.*

AD VERS. ILLIS AUTEM.

Explicat *Imperator*, *hic*, quando milites hôc Privilegiò gaudeant, statuitque, quòd tunc demùm eô uti valeant, cum in expeditionibus occupati sunt. *Text. hic. l. pen. Cod. h. t. & l. 1. Cod. eod.* in expeditione autem esse intelliguntur illi, qui sunt in ipso conflictu, & acie, vel, qui in castris in fossatis, in stativis, aut aliis locis hostilibus irruptionibus obnoxii existunt. *Manz. n. 8. Perez. ad. Cod. h. t. n. 23.* 3

Ex *dictis* sequitur, milites stationarios, qui ad agendas excubias in urbibus, & mœnibus disponuntur, ut sunt, v. g. hic *Viennæ die Guardi-Soldaten.* Item milites limita-

limitaneos, *die auf denen Grantz Häusern liegen.* Item illos, qui extra castra in aliis locis, vel in suis ædibus degunt, hoc privilegio non gaudere; sed teneri omnia observare quæ Paganus aliquis observare tenetur, *l. pen. Cod. h. t.* cessante enim causâ privilegii, cessat ipsum privilegium. *Manz. n. 4. Harp. n. 26. Gail. lib. 2. obs. 118. num. 6.* Concordat. *N. Oe. Land Tafel, lib. 2. tit. 12.*

§. Plane.

Tametsi dictum sit, testamentum militis, quoquò modò factum, subsistere; de seria voluntate tamen testandi constare debet: non enim, quid scriptum, dictùmve fuerit, attendi debet, *l. 19. ff. de exhib.* Unde si miles (ut plerumque inter pocula, & opiparas dapes fieri consuevit) jactabundò animò, vel ex joco, præsentibus quibusdam in aliquem conversus dixerit: *ego te hæredem facio; aut bona mea tibi relinquo*, tale dictum pro testamento observari non debet: Videtur enim miles magis, captandæ benevolentiæ causâ, aut repentinò affectu simile quid dixisse, quam ex animo faciendi talem hæredem; sæpe enim lingua prævertit mentem, *Harp. n. 2. & 3.* Itaque de seria voluntate testandi constare debet, & quidem, si miles in scriptis testetur, sufficit quoquo modò suam voluntatem expresserit. *text. hic. & d. l. 15. Cod. h. t.* Si verò nuncupativè voluntatem suam ultimam condere velit, duos saltem testes aut tres adhibeat, necesse est, quoniam norma Jure militari testandi ad Jus generium reducta est, quo jure saltem duo testes requiruntur: in re enim duorum, aut trium consistit omne verbum *d. c. cùm esse. 10 ✠ de testam. Manz. num. 10. Perez. ad Cod. h. t. num. 8.*

V. Quinimo. 2.

Q. hic, *an mutus & surdus miles testari possit?* ℞. *distinguendum* esse an à natura, an vero ex accidenti talis sit? Ille testari nequit: quia surdus, & mutus à natura ad militiam planè inidoneus est, cùm nec juramentum præstare, nec tesseram militarem enuntiare, nec classicum exaudire, nec imperium belli ducis percipere possit. Hic testamentum rectè condit, & quidem Jure militari. *text. hic. Harp. num. 4. Manz. num. 9. pulchrè Vinn. Inst. hic. num. 2.*

§. Sed Hactenus.

Ex *hoc* §. IV. notanda dixeris.

I. Est, quòd veterani milites illi dicantur, qui exactò militiæ legitimò tempore honestè missi, & sacramentò soluti sunt, 4
l. 2. ff. de veteran. Quod tempus 20. annorum fuisse, ait, *l. fin. Cod. de his, qui non impler. stipend. Schamb. hic.*

II. Est, quòd milites post missionem, & absolutionem a militia, quando videlicet veterani facti, Jure communi testari debeant, *text. hic.*

III. Est, quòd testamentum, Jure 5
militari factum, post missionem non duret, nisi unò annò, *l. 21. & l. 38. ff. h. t. Perez. ad Cod. eod. num. 3.*

IV. Est, quòd in casu, quo hæredi adjecta est conditio, v. gr. *si Cæsar hostes vicerit*, institutio hæredis valeat, etiamsi victoria demum post annum secuta fuerit; Ratio, quia conditio retrotrahitur ad tempus mortis. *Schamb. Manz. & Vinn. hic.*

§. Sed Etsi 4.

Casus hujus §. talis est: Paganus qui- 6
dam facit testamentum non observatis solemnitatibus Juris, deinde nomen dedit militiæ, quæstionis est, num per sequentem militiam confirmetur ejus testamentum?

TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM?

SUMMARIA.

1 *Filiusfam. non potest testari.*
2 *Etiamsi patris consensus accedat.*
3 *Limitatur in peculio castrensi & quasi tali.*
4 *An de peculio adventitio extraordinario rectè testetur?*
5 *Quid de Jure Austriaco?*
6 *Impuberes.*
5 *Furiosi.*
8 *Prodigi non testantur.*
9 *Quid de mutis, & surdis?*
10 *Item de captis ab hoste?*

HActenus de validitate testamenti ex capite causæ *formalis*; superest, ut de validitate ex parte causæ *efficientis* agamus, atque inquiramus de personis, quæ testari possunt. Ubi pro regula generali tenendum, testari posse omnes, qui speciali Jure non prohibentur. *Sichard. in Cod. h. t. n. 2. Mynsing. Inst. hic. Glettle tract. de testament. cap. 4. in princ.* Ratio hujus regulæ generalis est: quia testamenti factio est de genere permissorum, juxta vulgatum illud: *Uti quisquis rei suæ legasset: ita jus esto*, *l.* 12. *ff. de V. S.* permissorum autem hæc natura est, ut quod expressè non prohibetur, pro permisso habetur, *c* 23. *de sponsal. l.* 1. *ff. de testib. l.* 43. *ff. de procurat. Manz. tract. de testament. tit.* 2 *q.* 1. *n.* 4. *Finsterwald. lib.* 2. *obs.* 110. *num.* 9.

Ad ℣. Statim.

Cùm nulla sit firma regula, quæ suas non patiatur exceptiones. Ideò *Imperator hic* aliquot ponit ad regulam limitationes, seu exceptiones.

1 Excipiuntur autem I. illi, qui alieno Juri, & potestati subjecti sunt, v. g. *servi*, *filiifam.* ita, ut etiamsi filiusfam. esset centum annorum, tamen, nec testari, nec codicillari possit, *l.* 16. *ff. qui testam. fac. poss.* diciturque, id indubitati Juris esse, *l.* 3. §. 1. *Cod. eod.* Ratio: quia ad testamenti factionem requiritur libera voluntas, qualem non habet filiusfam. *l.* 4. *ff. de R. J.* ubi velle non creditur, qui obsequitur imperio patris. *Harp. n.* 2. *Manz. tract. de testam. tit.* 2. *q.* 1. *n. n.* 88.

Ad ℣. Adeo Quidem.

Ista conclusio, quòd filiusfam. testari nequeat, ita extenditur, ut ne quidem patris permissu testari possit, *text. hic.* ultima enim voluntas non potest pendere ex alieno arbitrio, *l.* 36. *ff. de hæred. Inst. Perez, ad Cod. h. t. n.* 7. *Manz. num.* 13. *hic.*

Dices: Filiusfam. consentiente patre, potest donare mortis causâ, *l.* 25. §. 1. *ff. de mort. caus. donat.* ergò, consentiente patre, etiam poterit testari. ℞. *conc. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd ad testamenti factionem, utpote quæ est Juris publici, *l.* 3. *ff. qui testam. fac. poss.* requiratur, ut quis sit paterfam. Ad donationem verò, mortis causâ, utpote

quæ est Juris Privati, & accedit ad speciem contractûs, non requiritur, ut sit paterfam. sed sufficiat, quòd per donationem patri non fiat præjudicium. *Harp.n.*19. *Clariss. D. Franz.h.t.*§.7.*n.*8.

AD ℣. EXCEPTIS IIS.

3 Tametsi filiusfam. de peculio profectitio & adventitio ordinario, cujus scilicet usus-fructus est penes patrem, testari nequeat; contrarium tamen obtinet in peculio castrensi, vel quasi tali: in hoc enim cùm habeatur pro patrefam. ideo de illo rectè testatur. *text. hic.* & *l. pen.* & *ult. Cod. h. t. Manz. tract.de testament. tit.* 2. *q.* 1. *num.* 137. Sed.

4 Q. I. *An filiusfam. de peculio adventitio extraordinario, cujus scilicet habet* & *usumfructum,* & *proprietatem, testari possit?*

Dixeris primò intuitu, quòd sic. I. per *l. ult.* §. 5. *Cod. de bonis, quæ lib.* ubi in hæc verba rescribitur: *filiusfam. in his duntaxat casibus in quibus usus-fructus apud parentes est, donec parentes vivunt, ne iisdem testari permittimus*; ergo a Contrario in his casibus, in quibus ususfructus apud parentes non est constitutus, testari permittitur, *arg. l.* 1.*ff. de off. ejus cui mand. est Jurisd.*

II. Per *Nov.* 117. *cap.* 1. §. 1. ubi filiusfam. de bonis plenò Jure possessis, quovis modò disponere potest; ergo poterit etiam de iis testari.

III. Per *Nov.* 22. *cap.* 26. ℣. *Si verò.* ubi dicitur filium posse de iis rebus, quas ex secundo patris matrimonio lucrifecit, testari, in his verbis: *sive dissonant, sive intestati moriantur.*

IV. Quia ideò potest filiusfam. de peculio castrensi, vel quasi tali testari, quia pleno Jure ipsius est dominus, & quilibet est suarum rerum moderator, & arbiter, *l.* 21. *Cod. mandati*; atqui filiusfam. peculii adventitii etiam est plenus dominus; *ergò*

Verum, his non obstantibus, *Sententia contraria* communiter placuit. Ita *Zoës. ff. qui testam. fac. poss. n.* 17. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 10.*t.*2. *lit.* G. *Harp.n.* 29. *hic. Glettle tract.de testam. cap.*4.§.7. *n.*21. *Fach. lib.* 5. *cap.* 94. *Manz.loc. cit. n.* 99. *Perez.Cod.d.t.n.*8. *Sicard. in rubr. Cod. eod. n.* 12.

Facit pro hac *Sententia* I. *l. pen. Cod. qui testam.facere poss.*ubi filiusfam.in quibusdam bonis, quæ sine consensu patris possidet, non potest testari, ergò non potest testari de bonis adventitiis, quorum habet plenam proprietatem; quia tantum sunt tria genera bonorum, quæ filius sine consensu patris possidet, scilicet castrensia, quasi talia, & adventitia extraordinaria. De primis duobus potest testari; ergò de tertiis non poterit testari; aliàs enim nulla essent bona, quæ filiusfam. sine consensu patris possidet, & de quibus testari non potest. Hoc *Argumentum* cum *Bachovio* non posse solvi, existimo.

Facit II. Evidens, & aperta ratio; quia ad testamenti factionem requiritur, ut quis sit paterfam. *text. hic.* atqui respectu peculii adventitii extraordinarii filiusfam.non habetur pro pratrefam. *ergo.*

Ad I. ℞. *d. ult.* §. 5. ad peculium castrense, vel quasi tale restringendam esse, quia tempore, quo *d. l. ult.* §. 5. lata est, unicus tantùm fuit casus extra castrense, vel quasi castrense peculium, quo patri in peculio filiifam. usus fructus non acquirebatur, puta! si sine consensu patris hæreditatem adiit; de hoc autem casu *d. l. pen.* expressè constitutum est quòd testari nequeat; *ergo* decisio *d.l.ult.* §. 5. ad alios casus, postea introductos, non rectè extenditur, cùm non soleat lex præterita referri ad casus futuros incognitos. Aliter *Glettle loc. cit.*

Ad

Ad II. ℞. *Nov.* 117. *cap.* 1. §. 1. procedere de actibus inter vivos, uti patet ex requisito perfectæ ætatis, quæ 25. annis compleri dicitur; ad testamenti autem factionem de Jure communi sollummodo 14. anni desiderantur.

Ad III. ℞. *d. Nov.* 22. *cap.* 26. loqui de filio, sui Juris facto, vel per mortem patris (quemadmodum patet ex verbis: *præmoriente genitore*) vel per emancipationem.

Ad IV. *dico*: quòd non defectus dominii impediat testamenti factionem, sed patria potestas, quæ facit, quod filiusfam. non habeatur pro patrefam. nisi in peculio castrensi, vel quasi-tali. *Schamb. hic.*

5 De Jure *Austriaco* filiusfam. de peculio, pleno Jure possesso, recte testatur. *Funsterwald. lib.* 2. *obs.* 13. *num.* 6. *Walter de Jure consuetud. Austr. lib.* 3. *tit.* 2.

Idque vel maximé procedit, si filiusfam. uxoratus, vel filiafam. ad mariti domum deducta sit; ex consuetudine enim Germaniæ passim nuptiæ faciunt, ut quis pro patrefam. habeatur. *Manz. tract. de testam. tit.* 2. *q.* 1. *num.* 164.

Ad vers. Ex Hoc.

Differentia peculii *profectitii* & *castrensis*, in eo potissimum consistit, quod illud propter æs alienum patris creditoribus cedat; hoc non etiam: Illud conferri debeat; hoc non etiam, *text. hic.*

§. Præterea. 1.

6 II. Testari prohibentur impuberes, *text. hic.* Quia nullum eorum animi judicium est, *l. fin. Cod. de testam. milit.* Itaque masculus 14. femina 12. annos habeat, necesse est, ut de Jure communi testari valeant. *l.* 5. *ff. qui testam. fac. poss.* Nec attenditur, malitia ætatem suppleat, nec ne? quoniam prædicta ætas de forma requiritur, quæ per æquipollens non adimpletur. *Manz. loc. cit. n.* 52. *Schamb. hic. Funsterw. lib.* 2. *obs.* 112. *num.* 2.

De Jure *Austriaco* res aliter se habet, teste *Walter de Jure consuet. lib.* 3. *tit.* 2. ℣. *Als erstlichen*: &c. i. e. ut 1. *Qui legitimam ætatem non attigerunt, testari nequeunt. Majores, Testamenti conficiendi facultatem quantum adtinet, anno decimo octavo, moribus regionis, censentur. Adeoque juvenis sive mas sive fœmina, qui annum vitæ suæ octavum supra decem plenè sunt adepti, liberam bona sua administrandi, deque eis testandi facultatem habent.*

Suttinger *in M. S. lit. T.* ℣. *Weiber-Testament.* testatur testamentum alicujus Virginis, 17. ætatis anno conditum, pro valido judicatum esse; sed addit, illam Virginem jam desponsatam fuisse, adeoque quasi pro conjugata reputatam esse. Vide *Funsterwald. loc. cit. num.* 13.

7 III. Testari nequeunt *Furiosi*, qui mente carent; testamentum tamen, ante furorem factum, per subsequentem furorem non infirmatur, tum quia furor est facti, adeoque non tollit ea, quæ sunt Juris; tum, ne afflictio addatur afflicto. *Harp. n.* 12. *Schneid. n.* 8.

§. Item Prodigus. 2.

8 VI. Testari prohibetur *Prodigus*, sive ille, cui adempta est administratio bonorum. *text. hic.* & *l.* 15. §. 8. *ff. h. t.* Ratio: quia in Jure furiosus & prodigus passim æquiparantur, *l.* 1. *ff. de curat. furios.* Illud tamen testamentum, quod prodigus fecit ante ademptam bonorum administrationem, ratum, & firmum manet, etiamsi postea prodigus declaretur. *text. hic. Manz. loc. cit. num.* 84.

§. ITEM SURDUS. 3.

9 Q. hic. *an mutus, & surdus testari possit?* R. distinguendum esse, an quis mutus, & surdus sit a natura, an ex accidenti? Si prius, testari non potest, *l. 10 §. Sancimus. Cod. qui testam. facer. poss.* parum enim à fatuis, aut brutis abest, qui a cunis surdus, & mutus est: nam animò à bestiis secernimur, qui stolidus admodum, & crudus sit, oportet, si fores habeat præclusas, per quas scientiæ intrare consueverunt, *Glettle loc. cit. cap. 4. §. 1. n. 2. Perez. Cod. d. t. n. 3. Manz. loc. cit. n. 289.* Si mutus, & surdus sit ex accidenti, testari tum demum poterit, si litteras calleat, h. e. scribere possit. *Mynsing. Inst. hic. n. 2. Zoes. ff. qui testam. facer. poss. num. 4.*

Si denique alterò vitiò tantùm laboret, h. e. mutus tantùm aut surdus sit, testari poterit, si voce aut scriptò mentem declarare queat, *d. l. 10. ℣. fin autem Glettle loc.cit.num. 3. Manz. n. 303. Zoes. d. num. 5.*

§. COECUS. 4.

Cœcus quin testari possit, dubium nullum est, dummodò adhibeat solennitates, in *l. 8. Cod.h.t.* expressas, h.e. declaret voluntatem coram 7. testibus & illa à tabellione, aut octavo teste scribatur. Item exprimat non tantùm nomen hæredis, sed & ejus dignitatem. Moribus tamen nostris illas solemnitates non requiri, testis est *Zoes. loc. cit. num. 1. Glettle cap. 4. §. 1. num. 5. loc. cit.*

§. EJUS FIN.

Ultimò testari de Jure *communi* non potest captus ab hoste, captivi enim fiunt servi hostium *§.3. Inst. de Jure pers.* 10

Dixi de *Jure commum*; secus de *consuetudine*, quà inspectà, capti in bello servi capientium non ampliùs efficiùtur, sed libertatem retinent; tam diu tamen ab hostibus servantur, donec vel litrò folutò redimantur, seu permutatione liberentur. *Glettle tract. de testam. cap. 4. §. 5. n. 7. & 8. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 6. w. Dices 2.*

TITULUS XIII.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

SUMMARIA.

1 *Definitur Exhæredatio.*
2 *Debet fieri nominatim.*
3 *A tota hæreditate.*
4 *Ab omni gradu, & ex justa causa.*
5 *Enumerantur causæ, ob quas liberi.*
6 *Ob quas parentes.*
7 *Et ob quas fratres exhæredari possunt.*
8 *An ob causas graviores exhæredatio fieri possit?*
9 *Causa exhæredationis debet nominatim inseri testamento.*
10 *Et ab hærede probari.*
11 *Hodie omnes indistinctè liberi debent aut hæredes institui, aut nominatim exhæredari.*
12 *Etsi esset posthumus.*
13 *Posthumus alius est verè, alius quasi talis.*
14 *Adoptatus an debeat hæres institui?*
15 *Miles suos liberos non tenetur instituere.*

1 Exhære-

1 **E**Xhæredatio nihil est aliud, quàm actus ultimæ voluntatis, quo illi, quibus debetur legitima, à successione repelluntur,

Hæc ut suis solennitatibus instructa dicatur,

2 Requiritur I. ut fiat nominatim, *text. in princ. h. t. l. 3. ff. de injust. rupt. & irrit. & Zoes. ff. de lib. & posthum n. 4. Perez. ad Cod. de lib. præt. vel exhæred.*

II. Ut fiat purè, non sub conditione *l. 3. §. 1. ff. eod.* certò enim judiciò liberi à successione parentum sunt removendi, *l. 16. ff. de bonor. poss. cont. tab. Zoes. loc. cit. n. 7. Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 11.*

3 III. Requiritur, ut exhæredatio fiat ab omni, & tota hæreditate; non tantum à certa aliqua re, unde à certo aliquo tantum fundo exhæredatus, non videtur exhæredatus, *l. 16. ff. de lib. & posth.*

Dices, institutus in re certa, v. g. in *fundo*, censetur institutus in tota hæreditate, *l. 1. §. 4. l. 35. ff. de hæred. Inst.* ergò etiam exhæredatus in re certa, censebitur exhæredatus in tota hæreditate. ℞, *conc. antec. neg. conseq.* Institutio enim est favorabilis, ideò benigna interpretatione juvanda; exhæredatio verò est odiosa, adeòque restringenda, juxta vulgatam regulam: odia restringi, favores convenit ampliari. *Perez. ad Cod. d. t. n. 9. Manz. loc. cit. n. 15. Zoes. n. 7.*

4 IV. Ut, si plures gradus hæredum sint, ab omnibus gradibus exhæredatio fiat, *l. 3. §. fin ff. de lib. & posthum l. 41. §. 2. ff. de pupill. subst. Zoes. loc. cit. n. 6.* Unde exhæredatio, ab uno gradu facta, non subsistit, v. g. testator ita scribit: Sempronius mihi hæres esto, & si hæres esse noluerit, in ejus locum Titium substituo; filium autem meum, tamquam hæreticum, inde exhæredo. En! filius ab uno duntaxat gradu, puta substitutionis, exhæredatus est, & idcircò exhæredatio non subsistit. *Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 31. Zoes. loc. cit. n. 5. Perez. Cod. de liberis præterit. n. 15. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 9.* ubi hac de re plura enodat.

5 V. Requiritur, ut exhæredatio fiat ex justa causa per *tex. in Nov. 115. cap. 3.* Justæ autem causæ, ob quas liberi exhæredari possunt, in *d. Nov. 115. cap. 3.* enumerantur quatuordecim, quas *Poeta* his *versiculis* concludit:

Bis septem ex causis exhæres filius esto.
Si patrem feriat; vel maledicat ei.
Carcere detrusum si negligat; aut furiosum.
Criminis accuset, vel paret insidias.
Si dederit damnum grave; si nec ab hoste redemit,
Testarique vetet; se societque malis.
Si mimos sequitur; vitietque cubile paternum,
Non orthodoxus; Filia si meretrix.

I. Itaque justa causa exhæredationis est, si quis parentibus suis impias manus intulerit, *d. cap. 3. §. 1. Da die Kinder ihre Eltern aus fürsetzlichem Frevel schlägen oder tödliche Hand anlegeten.* Quam grave enim sit manus inferre parentibus, satis *Exodi cap. 21.* exprimitur his verbis: *qui percusserit patrem suum, aut matrem, morte moriatur!* Hoc autem *Limitatur*, si filius patrem proditorem patriæ occiderit, *l. minime 35. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi non tantùm punitur, sed præmiò afficiendus dicitur.

II. Causa est, si quis parentibus suis gravem, & inhonestam injuriam ingesserit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 2. Da die Kinder ihren Eltern schwere, unehrbare Injuri- und Frevel-Wort zufügten*, v. g. si filius patrem in foro, vel in Ecclesia coram multis personis verborum contu-

 me-

melia affecerit, aut contra illum famosum libellum scripserit, *Menoch. de arbit. jud. cas.* 263. Ubi fusè explicat, quæ dicatur injuria atrox.

III. Causa est, si quis parentes in causis criminalibus accusaverit, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 3. *Wann sie* &c. i. e. *Sin parentes clam accusarent facti pœnâ corporali vel capitali puniendi. Covarruv. ad c. Raynutius* 16. ✠ *l.* 15.

IV. Causa est, filius, vel filia cum maleficis hominibus, ut maleficus versetur, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 4. *h. e.* cum iis, qui incancantationes, & artem magicam perniciosè exercent. *Harp.* §. *fin. Inst. h. t. n.* 26. & *n.* 27. *Wann sie sich* &c. i. e. *Sin maleficis hominibus adhæreant consuetudine ac familiari eorum usu gaudeant. N. Oe. Land-Tafel. Lib. secundo tit.* 23.

V. Exhæredationis causa est, si liberi vitæ parentum per venenum, vel aliò modò insidiari tentaverint. *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 5. *So die Kinder* &c. i. e. *Si liberi vitæ parentum insidias parent veneno, aut alia ratione.* Non enim potest (inquit *Harp. num.* 24. *loc. cit.*) major esse ingratitudo, quàm illius vitæ insidiari, à quo quis vitam accepit.

VI. Causa, si filius novercæ suæ, aut concubinæ patris sui, se immisceerit, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 6. *Wann ein Sohn seine Stieff-Mutter entehret, und sich mit derselben vermischet. Manz. tract. de Testament. tit.* 10. *q.* 6. *num.* 23. *Covarr. loc. cit. n.* 18.

VII. Si delatores contra parentes extiterint filii, & per suam delationem gravia dispendia eos fecerint sustinere, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 7. *VVann die Kinder ihre Eltern bey der Obrigkeit angeben, und dieselbe dadurch in grossen Schaden und Nachtheil brächten.*

VIII. Si liberi masculi (ad quos solos restringitur) pro parentibus, carcere inclusis, requisiti noluerint fidejubere, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 8. *Da die Kinder* &c. i. e. *Si liberi pro parentibus captivis nollent fidejubere, nec eos è carcere data, quam dare possent, fidejussione liberare. Quod tamen de filiis duntaxat est intelligendum, cum filiæ fidejubendi facultas non competat.*

IX. Exhæredationis causa est, si liberi parentes suos testari prohibuerint, v. g. testibus aditum intercluserint, vel solennia agere obstiterint, &c. *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 9.

Sed quid si parentes, taliter impediti, testari, & filium exhæredare non ampliùs potuerint? *Manz. loc. cit. num.* 34. existimat hæreditatem filio auferendam, & fisco applicandam esse, *arg. l.* 1. §. 9. & *l.* 2. *ff. si quis aliq. test. prohib.* at, secùs obtinet de Jure Austr. *loc. cit.* §. 9. *So aber die Eltern.* &c. i. e. *Si vero parentes, non confecto testamento, quod prohibuerint liberi, decesserint; exhæredari liberi prohibentes nihilominus debent, ac bona ad proximiores cognatos transferri.*

X. Filius, præter voluntatem parentum, sese mimis, & arenariis sociaverit, & in ea professione manserit, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 10. & *l.* 11. *Cod. inoff. testament. Wann sich die Kinder zu verwegenen liederlich- und leichtfertigen Persohnen gesellen, und sich auf ihr Thun begeben.*

XI. Causa: si parentes filiæ volunt maritum dare, & dotem juxta substantiæ suæ præstare; filia autem non consenserit, sed luxuriosam, & meretriciariam vitam elegerit. *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 11. *l.* 19. *Cod. de inoff. testam. Da die Eltern.* &c. i. e. *Cum parentes pro facultatibus suis dotem liberis constituere velint, ac honestis nuptiis consentire; Quibus tamen obtemperare liberi nolint, nec idcò minus turpem vitæ rationem ineant, atque probrosè sese commaculent. N. Oe. Lan-Tafel.*

Limita-

Limitatur: nisi filia jam compleverit 25 annum *d. Nov. 15. cap.* 3. §. 11. *& auth. sed si Cod. de inoff. testam.* pater enim in culpa esse censetur, quòd filiam priùs nuptui non dederit. *Harp.* §. *fin. h. t. n.* 41. *Zoes. ff. de lib. & posthum. n.* 15. *&* 16. ubi præfatam exhæredandi causam ad filias duntaxat restringit, non etiam ad filios extendendam esse docet, eò quòd major in fœminis, quàm masculis castitas desideretur.

XII. Est, si liberi parentes furiosos neglexerint, *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 12. *h. e.* nullam curam patris furiosi gesserint, præbendo alimenta; aut salutarem medicinam procurando. Jus Aust. *loc. cit. zum zwölfften.*

XIII. Causa est, si liberi parentes suos, ab hostibus captos, cùm possunt, non redemerint, *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 13. *Wann die Eltern*, &c. i. e. *Si parentes ab hostibus capti, nec eos redimere vellent liberi majorennes. Manz. loc. cit. n.* 48. ubi de jure communi hanc causam non aliter dicit procedere, quàm si liberi 18. ætatis suæ annum compleverint. *d. Nov.* 115. *cap.* 3 §. 13. *& auth. si captivi Cod. de Episcop. & Cler.*

XIV. Exhæredationis causa est, si liberi hæretici sunt. *d. Nov.* 114. *cap.* 3. §. 14. *Wann die Eltern Christen wären, die Kinder aber von dem Christlichen Glauben abfielen. Manz. loc. cit. n.* 59.

6 Vidimus, ob quas causas *liberi à parentibus*; sequitur de causis ob quas hi à *liberis* exhæredari possunt. Enumerantur autem in *d. Nov.* 114. *cap.* 4. octo causæ, propter quas parentes rectè, & validè exhæredantur.

I. Est, si parentes liberos suos ad interitum vitæ tradiderint. *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 1.

II. Si parentes venenis, aut maleficiis, aut aliò modò vitæ liberorum insidias struxerint *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 2.

III. Si pater nurui suæ, aut concubinæ filii sese immiscuerit *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 3.

IV. Si parentes liberos suos in rebus illis, in quibus habent testandi licentiam, puta castrensibus, vel quasi, testamentum concedere prohibuerint. *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 4.

V. Si mater patri, vel pater matri venenò, aliove modò ad interitum vitæ, vel ad alienationem mentis insidiatus fuerit; tunc enim liberis concessum est patri insidianti nihil relinquere *d. c.* 4. § 5.

VI. Causa est, si parentes liberos furore correptos, curare, & alere neglexerint, *d. cap.* 4. §. 6.

VII. Si liberos captivos non redemerint. *d. c.* 4. §. 7.

VIII. Et *ultima*, si parentes hæretici sint; tunc enim à liberis catholicis exhæredari possunt, *d. cap.* 4. §. 8. Ita *Manz. tract. de testament. tit.* 10. *q.* 7. *per tot. Harp. Inst.* §. *fin. h. t. num.* 51. *& seqq. Schamb. Inst. de inoff. testament.* §. 1.

De Jure *Austriaco*, etiamsi parentes unam ex recensitis causis in liberos suos admittant, exhæredatione tamen opus non erit, cùm aliunde ex constitutione Albertina parentes à liberorum successione in tantum removeantur, ut neque legitima iis debeatur. Quâ de re nos alibi, interea vide *Sutting. M. S. lit. Erbschafft in auffsteigender Linie. Funfterw. lib.* 2. *obs.* 119. *per tot.*

Exhæredationem *fratrum* quod attinet illa non, nisi, ob *tres* causas fieri potest.

I. Est, si frater mortem fratri per insidias intentaverit. II. Si criminalem accusationem contra eum instituerit. III. Si sustantiæ ipsius magnam jacturam inferre studuerit. *Nov.* 22. *cap.* 47. *Manz. loc. cit. q.* 8. *Harp. n* 64.

Dixeris primâ fronte quòd non; quia, quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit, *l. 29. ff. de R.J.*

Verum decidit *Imperator*, quòd tale testamentum per sequentem militiam confirmetur, & valeat; modo tamen aliqua novæ voluntatis signa, & argumenta appareant, ex quibus colligi possit, quòd miles velit illud Jure militari valere, *text. hic. & l. 9. §. 1. ff. h. t.*

Opponens *l. 15. §. 2. ff. eod.* his verbis: *Testamentum, ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, Jure militari valet; si militis voluntas contraria non sit*; ergo non videtur requiri, ut novæ voluntatis signa exhibeantur; sed sufficiet, quòd nihil in contrarium dispofuerit, & filuerit. Tametsi varii varias cogitationes fecerint pro solutione hujus *l. 5. §. 2.* mihi tamen, breviter dicendum esse videtur, sensum legis talem esse: si militis voluntas contraria non sit, & si simul per declarationem novæ voluntatis constet, quòd contraria non sit, ut tunc confirmetur testamentum; non vero, si penitus siluerit. *Schamb. hic. Harp. num 2. Ludvvel. Inst. n. 1.*

§. DENIQUE. 5.

Tametsi testamentum paganorum per arrogationem irritum fiat, §. 1. *Inst. quib. mod. testam. infir.* deducitur enim ad statû, a quo inchoare non potest; aliud tamen obtinet in milite: licèt enim iste patiatur minimam capitis diminutionem, seu per arrogationem, seu per emancipationem, testamentum tamen ejus non fit irritum. *text. hic. & l. 23. ff. h. t.*

§. SCIENDUM FIN.

Duplices in reipub. communione reperiri, milites *togatos* nimirum, & *sagatos*, in propatulo est. Ad togatos spectant *Advocati, Medici, Professores, Pro-Consules, &c.* Non enim ii soli militant Imperio, qui gladiis utuntur & clypeis; sed patroni causarum quoque, qui gloriosæ vocis munimine confisi, laborantium spem, vitam, & posteros defendunt. Dum enim *Sagati stilò*, togati stylô; dum illi armamentô, hi atramentô; dum illi marte, hi arte; dum illi legionibus, hi legibus pro reipubl. emolumento gloriosè decertant. *l. 14. Cod. de Advocat. diverf. jud.* Hinc etiam est, quòd togati milites peculium quasi castrense habere dicantur: occasione cujus

Q. hic: *An de illo Jure militari testari possint?* ℞ *Imperator*, quòd de illo testari possint Jure communi; non vero Jure militari. *text. hic.* Ratio videtur esse, quia in his cessat imperitia, & necessitas expeditionis. *Manz. num. 4.* Sed, Nunquid absurdum est, milites sagatos præferri togatis; ℞. nequaquam nostro in casu id absurdum esse, cum ratio concessi sagatis privilegii, puta, Juris imperitia in togatis exiguam gloriam pareret. Cæterum quibus prærogativa debeatur, luculenter definit *Poeta*, dum canit: 7

Est toga Marte prior; calamus victricibus armis,
Quæ non arma queunt vincere, scripta queunt.

Item:

Sunt duo, quæ faciunt, ut quis sit nobilis, ars, Mars.
Major ab arte venit gloria; Marte minor.

TITULUS

TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM?

SUMMARIA.

1 *Filiusfam. non potest testari.*
2 *Etiamsi patris consensus accedat.*
3 *Limitatur in peculio castrensi & quasi tali.*
4 *An de peculio adventitio extraordinario rectè testetur?*
5 *Quid de Jure Austriaco?*
6 *Impuberes.*
5 *Furiosi.*
8 *Prodigi non testantur.*
9 *Quid de mutis, & surdis?*
10 *Item de captis ab hoste?*

HActenus de validitate testamenti ex capite causæ *formalis*; superest, ut de validitate ex parte causæ *efficientis* agamus, atque inquiramus de persons, quæ testari possunt. Ubi pro regula generali tenendum, testari posse omnes, qui speciali Jure non prohibentur. *Sichard. in Cod. h. t. n. 2. Mynsing. Inst. hic. Glettle tract. de testament. cap. 4. in princ.* Ratio hujus regulæ generalis est: quia testamenti factio est de genere permissorum, juxta vulgatum illud: *Uti quisquis rei suæ legasset: ita jus esto*, *l. 12. ff. de V. S.* permissorum autem hæc natura est, ut quod expressè non prohibetur, pro permisso habetur, *c 23. de sponsal. l. 1. ff. de testib. l. 43. ff. de procurat. Manz. tract. de testament. tit. 2 q. 1. n. 4. Finsterwald. lib. 2. obs. 110. num. 9.*

AD ℣. STATIM.

Cùm nulla sit firma regula, quæ suas non patiatur exceptiones. Ideò *Imperator hic* aliquot ponit ad regulam limitationes, seu exceptiones.

Excipiuntur autem I. illi, qui alieno Juri, & potestati subjecti sunt, v. g. *servi*, *filiifam.* ita, ut etiamsi filiusfam. esset centum annorum, tamen, nec testari, nec codicillari possit, *l. 16. ff. qui testam. fac. poss.* diciturque, id indubitati Juris esse, *l. 3. §. 1. Cod. eod.* Ratio: quia ad testamenti factionem requiritur libera voluntas, qualem non habet filiusfam. *l. 4. ff. de R. J.* ubi velle non creditur, qui obsequitur imperio patris. *Harp. n. 2. Manz. tract. de testam. tit. 2. q. 1. n. n. 88.* 1

AD ℣. ADEO QUIDEM.

Ista conclusio, quòd filiusfam. testari nequeat, ita extenditur, ut ne quidem patris permissu testari possit, *text. hic.* ultima enim voluntas non potest pendere ex alieno arbitrio, *l. 36. ff. de hæred. Inst. Perez, ad Cod. h. t. n. 7. Manz. num. 13. hic.*

Dices: Filiusfam. consentiente patre, potest donare mortis causâ, *l. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* ergò, consentiente patre, etiam poterit testari. *R. conc. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd ad testamenti factionem, utpote quæ est Juris publici, *l. 3. ff. qui testam. fac. poss.* requiratur, ut quis sit paterfam. Ad donationem verò, mortis causâ, utpote

qu-

Ad II. ℞. *Nov.* 117. *cap.* 1. §. 1. procedere de actibus inter vivos, uti patet ex requisito perfectæ ætatis, quæ 25. annis compleri dicitur; ad testamenti autem factionem de Jure communi solummodo 14. anni desiderantur.

Ad III. ℞. *d. Nov.* 22. *cap.* 26. loqui de filio, sui Juris facto, vel per mortem patris (quemadmodum patet ex verbis: *præmoriente genitore*) vel per emancipationem.

Ad IV. *dico*: quòd non defectus dominii impediat testamenti factionem, sed patria potestas, quæ facit, quod filiusfam. non habeatur pro patrefam. nisi in peculio castrensi, vel quasi-tali. *Schamb. hic.*

5 De Jure *Austriaco* filiusfam. de peculio, pleno Jure possesso, rectè testatur. *Funsterwald. lib.* 2. *obs.* 13. *num.* 6. *Walter de Jure consuetud. Austr. lib.* 3. *tit.* 2.

Idque vel maximè procedit, si filiusfam. uxoratus, vel filiafam. ad mariti domum deducta sit; ex consuetudine enim Germaniæ passim nuptiæ faciunt, ut quis pro patrefam. habeatur. *Manz. tract. de testam. tit.* 2. *q.* 1. *num.* 164.

AD VERS. EX HOC.

Differentia peculii *profectitii & castrensis*, in eo potissimum consistit, quod illud propter æs alienum patris creditoribus cedat; hoc non etiam: Illud conferri debeat; hoc non etiam, *text. hic.*

§. PRÆTEREA. 1.

6 II. Testari prohibentur impuberes, *text. hic.* Quia nullum eorum animi judicium est, *l. fin. Cod. de testam. milit.* Itaque masculus 14. femina 12. annos habeat, necesse est, ut de Jure communi testari valeant. *l.* 5. *ff. qui testam. fac. poss.* Nec attenditur, malitia ætatem suppleat, nec ne? quoniam prædicta ætas de forma requiritur, quæ per æquipollens non adimpletur. *Manz. loc. cit. n.* 52. *Schamb. hic. Funsterw. lib.* 2. *obs.* 112. *num.* 2.

De Jure *Austriaco* res aliter se habet, teste *Walter de Jure consuet. lib.* 3. *tit.* 2. ℣. *Als erstlichen*: &c. i. e. ut 1°. *Qui legitimam ætatem non attigerunt, testari nequeunt. Majores, Testamenti conficiendi facultatem quantum adtinet, anno decimo octavo, moribus regionis, censentur. Adeoque juvenis sive mas sive fœmina, qui annum vitæ suæ octavum supra decem plenè sunt adepti, liberam bona sua administrandi, deque eis testandi facultatem habent.*

Suttinger *in M. S. lit. T.* ℣. *Weiber-Testament.* testatur testamentum alicujus Virginis, 17. ætatis anno conditum, pro valido judicatum esse; sed addit, illam Virginem jam desponsatam fuisse, adeoque quasi pro conjugata reputatam esse. Vide *Funsterwald. loc. cit. num.* 13.

III. Testari nequeunt *Furiosi*, qui mente carent; testamentum tamen, ante furorem factum, per subsequentem furorem non infirmatur, tum quia furor est facti, adeòque non tollit ea, quæ sunt Juris; tum, ne afflictio addatur afflicto. *Harp. n.* 12. *Schneid. n.* 8. 7

§. ITEM PRODIGUS. 2.

VI. Testari prohibetur *Prodigus*, sive ille, cui adempta est administratio bonorum. *text. hic.* & *l.* 15. §. 8. *ff. h. t.* Ratio: quia in Jure furiosus & prodigus passim æquiparantur, *l.* 1. *ff. de curat. furios.* Illud tamen testamentum, quod prodigus fecit ante ademptam bonorum administrationem, ratum, & firmum manet, etiamsi postea prodigus declaretur. *text. hic. Manz. loc. cit. num.* 84. 8

§. ITEM SURDUS. 3.

9 Q. hic. *an mutus*, *& surdus testari possit?* R. distinguendum esse, an quis mutus, & surdus sit a natura, an ex accidenti? Si prius, testari non potest, *l. 10 §. Sancimus. Cod. qui testam. facer. poss.* parum enim a fatuis, aut brutis abest, qui a cunis surdus, & mutus est: nam animô à bestiis secernimur, qui stolidus admodum, & crudus sit, oportet, si fores habeat præclusas, per quas scientiæ intrare consueverunt, *Glettle loc. cit. cap. 4. §. 1. n. 2. Perez. Cod. d. t. n. 3. Manz. loc. cit. n. 289.* Si mutus, & surdus sit ex accidenti, testari tum demum poterit, si litteras calleat, h. e. scribere possit. *Mynsing. Inst. hic. n. 2. Zoës. ff. qui testam. facer. poss. num. 4.*

Si denique alterô vitiô tantùm laboret, h. e. mutus tantùm aut surdus sit, testari poterit, si voce aut scriptô mentem declarare queat, *d. l. 10. V. sin autem Glettle loc.cit.num. 3. Manz. n. 303. Zoes. d. num. 5.*

§. COECUS. 4.

Cœcus quin testari possit, dubium nullum est, dummodò adhibeat solennitates, in *l. 8. Cod.h.t.* expressas, h.e. declaret voluntatem coram 7. testibus & illa à tabellione, aut octavo teste scribatur. Item exprimat non tantùm nomen hæredis, sed & ejus dignitatem. Moribus tamen nostris illas solemnitates non requiri, testis est *Zoes. loc. cit. num. 1. Glettle cap. 4. §. 1. num. 5. loc. cit.*

§. EJUS FIN.

Ultimò testari de Jure *communi* non potest captus ab hoste, captivi enim fiunt servi hostium *§. 3. Inst. de Jure pers.* 10

Dixi de *Jure commun*; secus de *consuetudine*, quâ inspectâ, capti in bello servi capientium non ampliùs efficiuntur, sed libertatem retinent; tam diu tamen ab hostibus servantur, donec vel litrô solutô redimantur, seu permutatione liberentur. *Glettle tract. de testam. cap. 4. §. 5. n. 7. & 8. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 6. w. Dices 2.*

TITULUS XIII.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

SUMMARIA.

1 *Definitur Exhæredatio.*
2 *Debet fieri nominatim.*
3 *A tota hæreditate.*
4 *Ab omni gradu, & ex justa causa.*
5 *Enumerantur causæ, ob quas liberi.*
6 *Ob quas parentes.*
7 *Et ob quas fratres exhæredari possunt.*
8 *An ob causas graviores exhæredatio fieri possit?*
9 *Causa exhæredationis debet nominatim inseri testamento.*
10 *Et ab hærede probari.*
11 *Hodie omnes indistinctè liberi debent aut hæredes institui, aut nominatim exhæredari.*
12 *Etsi esset posthumus.*
13 *Posthumus alius est verè, alius quasi talis.*
14 *Adoptatus an debeat hæres institui?*
15 *Miles suos liberos non tenetur instituere.*

1 *Exhære-*

1 **E**Xhæredatio nihil est aliud, quàm actus ultimæ voluntatis, quo illi, quibus debetur legitima, à successione repelluntur,

Hæc ut suis solennitatibus instructa dicatur,

2 Requiritur I. ut fiat nominatim, *text. in princ. h. t. l. 3. ff. de injust. rupt. & irrit. & Zoes. ff. de lib. & posthum n. 4. Perez. ad Cod. de lib. præt. vel exhæred.*

II. Ut fiat purè, non sub conditione *l. 3. §. 1. ff. eod.* certò enim judiciò liberi à successione parentum sunt removendi, *l. 16. ff. de bonor. poss. cont. tab. Zoes. loc. cit. n. 7. Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 11.*

3 III. Requiritur, ut exhæredatio fiat ab omni, & tota hæreditate; non tantum à certa aliqua re, unde à certo aliquo tantum fundo exhæredatus, non videtur exhæredatus, *l. 16. ff. de lib. & posth.*

Dices, institutus in re certa, v. g. in *fundo*, censetur institutus in tota hæreditate, *l. 1. §. 4. l. 35. ff. de hæred. Inst.* ergò etiam exhæredatus in re certa, censebitur exhæredatus in tota hæreditate. *R. conc. antec. neg. conseq.* Institutio enim est favorabilis, ideò benigna interpretatione juvanda; exhæredatio verò est odiosa, adeòque restringenda, juxta vulgatam regulam: odia restringi, favores convenit ampliari. *Perez. ad Cod. d. t. n. 9. Manz. loc. cit. n. 15. Zoes. n. 7.*

4 IV. Ut, si plures gradus hæredum sint, ab omnibus gradibus exhæredatio fiat, *l. 3. §. fin ff. de lib. & posthum l. 41. §. 2. ff. de pupill. subst. Zoes. loc. cit. n. 6.* Unde exhæredatio, ab uno gradu facta, non subsistit, v. g. testator ita scribit: Sempronius mihi hæres esto, & si hæres esse noluerit, in ejus locum Titium substituo; filium autem meum, tamquam hæreticum, inde exhæredo. En! filius ab uno duntaxat gradu, putà substitutionis, exhæredatus est, & idcircò exhæredatio non subsistit. *Manz. tract. de testam. tit. 10. q. 1. n. 31. Zoes. loc. cit. n. 5. Perez. Cod. de liberis præterit. n. 15. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 9.* ubi hac de re plura enodat.

V. Requiritur, ut exhæredatio fiat ex justa causa per *tex. in Nov. 115. cap. 3.* Justæ autem causæ, ob quas liberi exhæredari possunt, in *d. Nov. 115. cap. 3.* enumerantur quatuordecim, quas *Poeta* his *versiculis* concludit: 5

Bis septem ex causis exhæres filius esto.
Si patrem feriat; vel maledicat ei.
Carcere detrusum si negligat; aut furiosum.
Criminis accuset, vel paret insidias.
Si dederit damnum grave; si nec ab hoste redemit,
Testarique vetet; se societque malis.
Si mimos sequitur; vitietque cubile paternum,
Non orthodoxus; Filia si meretrix.

I. Itaque justa causa exhæredationis est, si quis parentibus suis impias manus intulerit, *d. cap. 3. §. 1. Da die Kinder ihre Eltern aus fürsetzlichem Frevel schlägen oder tödliche Hand anlegeten.* Quam grave enim sit manus inferre parentibus, satis *Exodi cap. 21.* exprimitur his verbis: *qui percusserit patrem suum, aut matrem, morte moriatur!* Hoc autem *Limitatur*, si filius patrem proditorem patriæ occiderit, *l. minime 35. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi non tantùm punitur, sed præmiò afficiendus dicitur.

II. Causa est, si quis parentibus suis gravem, & inhonestam injuriam ingesserit, *d. Nov. 115. cap. 3. §. 2. Da die Kinder ihren Eltern schwere, unehrbare Injuri- und Frevel-Wort zufügten*, v. g. si filius patrem in foro, vel in Ecclesia coram multis personis verborum contu-

melia affecerit, aut contra illum famosum libellum scripserit, *Menoch. de arbit. jud. cas.* 263. Ubi fusè explicat, quæ dicatur injuria atrox.

III. Causa est, si quis parentes in causis criminalibus accusaverit, *d. Nov.* 115.*cap*.3.§. 3. *Wann sie* &c. i. e. *Sin parentes clam accusarent facti pœnâ corporali vel capitali puniendi. Covarruv. ad c. Raynutius* 16. ☓ *l.* 15.

IV. Causa est, filius, vel filia cum maleficis hominibus, ut maleficus versetur, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 4. *h. e.* cum iis, qui incancantationes, & artem magicam perniciosè exercent. *Harp.§.fin. Inst.h. t. n.* 26.& *n.* 27. *Wann sie sich* &c. i. e. *Sin maleficis hominibus adhæreant consuetudine ac familiari eorum usu gaudeant. N. Oe. Land-Tafel. Lib. secundo tit.* 23.

V. Exhæredationis causa est, si liberi vitæ parentum per venenum, vel aliò modò insidiari tentaverint.*d. Nov.* 115. *cap*.3. §. 5. *So die Kinder* &c. i. e. *Si liberi vitæ parentum insidias parent veneno, aut alia ratione.* Non enim potest (inquit *Harp. num.* 24. *loc. cit.*) major esse ingratitudo, quàm illius vitæ insidiari, à quo quis vitam accepit.

VI. Causa, si filius novercæ suæ, aut concubinæ patris sui, se immisceverit, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 6. *Wann ein Sohn seine Stieff-Mutter entehret, und sich mit derselben vermischet. Manz. tract. de Testament. tit.* 10. *q.* 6. *num.* 23. *Covar. loc. cit. n.* 18.

VII. Si delatores contra parentes extiterint filii, & per suam delationem gravia dispendia eos fecerint sustinere, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 7. *Wann die Kinder ihre Eltern bey der Obrigkeit angeben, und dieselbe dadurch in grossen Schaden und Nachtheil brächten.*

VIII. Si liberi masculi (ad quos solos restringitur) pro parentibus, carcere inclusis, requisiti noluerint fidejubere, *d. Nov.* 115.*cap*.3.§.8. *Da die Kinder* &c.i.e. *Si liberi pro parentibus captivis nollent fidejubere, nec eos è carcere data, quam dare possent, fidejussione liberare. Quod tamen de filiis duntaxat est intelligendum, cum filia fidejubendi facultas non competat.*

IX. Exhæredationis causa est, si liberi parentes suos testari prohibuerint, v. g. testibus aditum intercluserint, vel solennia agere obstiterint,&c. *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 9.

Sed quid si parentes, taliter impediti, testari, & filium exhæredare non ampliùs potuerint? *Manz loc. cit. num.* 34. existimat hæreditatem filio auferendam, & fisco applicandam esse, *arg. l.* 1. §. 9. & *l.* 2. *ff. si quis aliq. test. prohib.* at, secùs obtinet de Jure Austr. *loc. cit.* §. 9. *So aber die Eltern*, &c. i. e. *Si vero parentes, non confecto testamento, quod prohibuerint liberi, decesserint; exhæredari liberi prohiberentes nihilominus debent, ac bona ad proximiores cognatos transferri.*

X. Filius, præter voluntatem parentum, sese mimis, & arenariis sociaverit, & in ea professione manserit, *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 10. & *l.* 11. *Cod. inoff. testament. Wann sich die Kinder zu verwegenen liederlich- und leichtfertigen Persohnen gesellen, und sich auf ihr Thun begeben.*

XI. Causa: si parentes filiæ volunt maritum dare, & dotem juxta substantiæ suæ præstare; filia autem non consenserit, sed luxuriosam, & meretriciam vitam elegerit. *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 11. *l.* 19. *Cod. de inoff. testam. Di die Eltern*. &c. i. e. *Cum parentes pro facultatibus suis dotem liberis constituere velint, ac honestis nuptiis consentire; Quibus tamen obtemperare liberi nolint, nec ideò minus turpem vitæ rationem ineant, atque probro sese commaculent. N. Oe. Lan-Tafel.*

Limita-

Limitatur: nisi filia jam compleverit 25 annum *d. Nov.* 15. *cap.* 3. §. 11. & *auth. sed si Cod. de inoff. testam.* pater enim in culpa esse censetur, quòd filiam priùs nuptui non dederit. *Harp.* §. *fin. h. t. n.* 41. *Zoes. ff. de lib. & posthum. n.* 15. & 16. ubi præfatam exhæredandi causam ad filias duntaxat restringit, non etiam ad filios extendendam esse docet, eò quòd major in fœminis, quàm masculis castitas desideretur.

XII. Est, si liberi parentes furiosos neglexerint, *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 12. *h. e.* nullam curam patris furiosi gesserint, præbendo alimenta; aut salutarem medicinam procurando. Jus Aust. *loc. cit. zum zwölfften.*

XIII. Causa est, si liberi parentes suos, ab hostibus captos, cùm possunt, non redemerint, *Nov.* 115. *cap.* 3. §. 13. *Wenn die Eltern*, &c. i. e. *Si parentes ab hostibus capti, nec eos redimere vellent liberi majorennes. Manz. loc. cit. n.* 48. ubi de jure communi hanc causam non aliter dicit procedere, quàm si liberi 18. ætatis suæ annum compleverint. *d. Nov.* 115. *cap.* 3. §. 13. & *auth. si captivi Cod. de Episcop. & Cler.*

XIV. Exhæredationis causa est, si liberi hæretici sunt. *d. Nov.* 114. *cap.* 3. §. 14. *Wenn die Eltern Christen wären, die Kinder aber von dem Christlichen Glauben abfielen. Manz. loc. cit. n.* 59.

Vidimus, ob quas causas *liberi* à *parentibus*; sequitur de causis ob quas hi à *liberis* exhæredari possunt. Enumerantur autem in *d. Nov.* 114. *cap.* 4. octo causæ, propter quas parentes rectè, & validè exhæredantur.

I. Est, si parentes liberos suos ad interitum vitæ tradiderint. *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 1.

II. Si parentes venenis, aut maleficiis, aut aliò modò vitæ liberorum insidias struxerint *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 2.

III. Si pater nurui suæ, aut concubinæ filii sese immiscuerit *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 3.

IV. Si parentes liberos suos in rebus illis, in quibus habent testandi licentiam, puta castrensibus, vel quasi, testamentum concedere prohibuerint. *d. Nov.* 115. *cap.* 4. §. 4.

V. Si mater patri, vel pater matri veneno, aliove modò ad interitum vitæ, vel ad alienationem mentis insidiatus fuerit; tunc enim liberis concessum est patri insidianti nihil relinquere *d. c.* 4. §. 5.

VI. Causa est, si parentes liberos furore correptos, curare, & alere neglexerint, *d. cap.* 4. §. 6.

VII. Si liberos captivos non redemerint. *d. c.* 4. §. 7.

VIII. Et *ultima*, si parentes hæretici sint; tunc enim à liberis catholicis exhæredari possunt, *d. cap.* 4. §. 8. Ita *Manz. tract. de testament. tit.* 10. *q.* 7. *per tot. Harp. Inst.* §. *fin. h. t. num.* 51. & *seqq. Schanb. Inst. de inoff. testament.* §. 1.

De Jure *Austriaco*, etiamsi parentes unam ex recensitis causis in liberos suos admittant, exhæredatione tamen opus non erit, cùm aliunde ex constitutione Albertina parentes à liberorum successione in tantum removeantur, ut neque legitima iis debeatur. Quâ de re nos alibi, interea vide *Sutting. M. S. lit. Erbschafft in auffsteigender Linie. Furtenw. lib.* 2. *obs.* 119. *per tot.*

Exhæredationem *fratrum* quod attinet illa non, nisi, ob *tres* causas fieri potest.

I. Est, si frater mortem fratri per insidias intentaverit. II. Si criminalem accusationem contra eum instituerit. III. Si substantiæ ipsius magnam jacturam inferre studuerit. *Nov.* 22. *cap.* 47 *Manz. loc. cit. q.* 8. *Harp. n.* 64.

8 Q. I. *An exhæredatio ob causas æque graves vel graviores iis, quæ hactenus recensitæ sunt, fieri possit?*

Affirmativa subscribunt *Fach. lib. 1. cont. 78. Manz. tract. de testament. tit. 10. q. 9. Covar in c. Raynutius. 16. de testam. Gail. lib. 2. obs. 94. n. 17. Mynsing. cent. 6. obs. 31. Sutting. in M. S. lit. T. v. Töchter.*

Ratio hujus *Sententiæ* I. est: quia ubi eadem est ratio, ibi eadem debet esse Juris dispositio, & ubi par aut major delicti qualitas, ibi eadem pœna est imponenda, ne paria, aut majora delicta maneant vel prorsus impunita, vel minus punita.

Ratio II. Quia ob paritatem rationis ad similes casus rectè fit extensio, *l. 12. ff. de LL.* ubi dicitur, non posse omnes articulos legibus, aut SCtis comprehendi, & illum, qui Jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita Jus dicere debere.

Ratio III. Quia, licèt sint certæ causæ, ob quas amittitur feudum, non tamen eapropter excluduntur causæ graviores, aut æquè graves, quin etiam faciant feudum amitti. *text' l. 2. feud. tit. 24. §. porro v. sed quia.* ergò idem in nostro casu dicendum.

Verùm *negantium* dogma magis arridet; cui quoque calculum præbent *Zoes. ff. de lib. & posthum hæred. Inst. Harp. §. fin. Inst. de exhæred. liber. n. 65. Hunn. var. resolut. lib. 2. tract. 5. quæst. 19. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 13. th. 8. lit. C.*

Facit I. pro hac sententia *dissert. text. in Nov. 115. cap. 3.* his verbis: *ut præter ipsa nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere.*

Facit II. Validissima Ratio; quia nimirum pœnalia, & odiosa restringenda, nec ob paritatem rationis extendenda sunt. *c. 49. de R. J. in 6.*

Ad rationem I. R. illam procedere, nisi simus in pœnalibus aut odiosis. Nec tamen idcirco sequitur, majora delicta manere impunita, quia publicâ pœna coercentur. Fac proinde, quòd filius committat *crimen læsæ Majestatis, sacrilegii, adulterii*, aut *incestûs*, fortè quia non tantum cum noverca, sed cum propria matre commiscetur; propter hæc tamen crimina à patre non poterit pœnâ exhæredationis affici, cùm de iis publica pœna sumatur, eo quod sint delicta publica, quæ publicam læsionem, non privata, quæ privatam patris læsionem spectant.

Ad II. rationem, ex jam dictis patet solutio; enimverò *d. l. 12.* non procedit in pœnalibus.

Ad III. dico, Jure feudali expressè sancitum esse, ob causas, æquè graves vel graviores amitti feudum; secus Jure nostro communi, utpote de quo potiùs contrarium decisum per verba: *præter illas*, quæ taxativa sunt.

Nec *dicas*, à paritate Juris feudalis argumentum procedere ad Jus commune, id enim nullâ ratione procedit, & argumentum à Jure feudali ad Jus commune legitimum non ducitur.

Ex hactenus *dictis* satis constat, ad exhæredationis valorem requiri justam, i. e. unam ex recensitis causam. Imò non sufficit, quòd pater justam exhæredandi filii causam habeat; sed ut valeat exhæredatio.

VI. Requiritur, ut in testamento exhæredationis causa nominatim insinuetur, & specialiter exprimatur *d. Nov. 115. cap. 3. in princip. & cap. 4. Gomez. var. resolut. tom. 1. cap. 11. n. 10.* 9

VII. Ut causa exhæredationis, si negata fuerit, ab hærede instituto probetur, *d. Nov. 115. cap. 3.* ibi: *nisi fortè probabuntur ingrati. Perez. ad Cod. de lib. præte-* 10

præterit. Gomez. loc. cit. Manz. tract. de testament. tit. 10. q. n. 29.

VIII. & *ultimo* requiritur, ut e xhæredatio non in codicillo, sed in testamento fiat. *Harp.* §. *fin Inst. h.t. n.9*. In codicillis enim neque dari neque adimi potest hæreditas §. 2. *Inst. de Codicil.*

Ad Princip.

Multas solennitates, ad testamentum requisitas, hucusque enumeravimus, *hic* adhuc alia, & ferè præcipua superadditur, nimirum ista: ut pater filium, quem in potestate habet, vel expressè hæredem instituat, vel nominatim exhæredet; alioquin, si eum silentiò præterierit, inutiliter testabitur, *text. hic.* Ratio, quia filius, vivò adhuc patre jam dicitur quasi dominus rerum paternarum, ita, ut post mortem patris, illarum dominium non dicatur transferri, sed in filium continuari, *l.* 11. *ff. de lib. & posth.* quod ipsum dominium à patre vel debet confirmari per institutionem, vel filio adimi per exhæredationem, ne aliàs duo, puta, hæres institutus, & filius post mortem patris ejusdem rei domini concurrant in solidum, contra *l.* 5. §. 15. *ff. commodati. Manz. n.* 2. *Schamb. hic.*

Ad vers. Adeo.

Q. hic *quid si filius præteritus, vivò adhuc patre, moriatur, convalescitne testamentum?* Videri posset quòd *sic*: quia cessat causa, quæ testamentum invalidat. Verùm *negativè* decidit *Imperator*, atque, quòd nemo hæres ex eo testamento existere possit. Ratio: quia quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit, *l.* 29. & *l.* 210. *ff. de R. J. Schneid. n.* 3.

Ad vers. Sed non ita.

Erant olim duæ *differentiæ* inter filium, & filiam, nepotes, & neptes, &c.

I. Erat, quòd filiò præterito, testamentum fuerit nullum, & ipsò Jure conciderit; contrà verò, filia, nepote, vel nepte ex filio cæterisque descendentibus præteritis, testamentum valebat. *text. hic.* Ne autem filiæ & reliqui descendentes per virilem sexum penitus nihil consequerentur, statuit *Imperator*, ut haberent Jus accrescendi ad certam portionem, *h. e.* ut potuerint, separatis hæredibus, certam portionem auferre. Quæ autem fuerit illa portio, *textus* non memorat; DD. tamen sequuntur opinionem *Ulpiani*, atque statuunt, ut, si extranei sint instituti, præteriti afferant semissem; si verò liberi, & sui hæredes sint instituti æqualiter cum iis præteriti succederent.

II. Differentia erat, quòd filius nonnisi nominatim, filia autem, nepotes & pronepotes inter cæteros exhæredari potuerint, v. g. filius meus hæres esto, cæteri exhæredes sunto! *Manz. num.* 9.

Verùm hodie ex constitutione Justiniani eodem Jure gaudent filiæ, cæterique liberi, quo filii; adeòque omnes liberi indistinctè aut hæredes institui, aut nominatim exhæredari debent. *d. l. ult. Cod. de lib. præt.* 11

Quod adeò procedit, ut testamentum, in quo liberi nec instituti, nec nominatim exhæredati inveniuntur, ipso Jure corruat, *l.* 30. *ff. eod. Manz. tract. de testam. tit.* 8. *num.* 10.

§. Posthumi. I.

Posthumus ille dicitur, qui post mortem parentis nascitur, adeòque, qui tempore mortis paternæ in utero matris est. Hinc *etymologia* posthumi, quasi post humatum patrem deducitur, *l.* 3. 12

§. 1,

§. 1. *ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testament.*

Trahitur tamen hoc nomen etiam ad eum, qui vivo patre, post testamentum factum nascitur, *d.* §. 1. vel arrogatur, *l. filius* 28. §. 1. *ff. h. t. Schamb. hic.*

Talis itaque posthumus aut hæres instituí, aut nominatim debet exhæredari, *l.* 3. *de injust. rupt.* & §. 1. *hic.* nullâ factâ differentia inter sexum masculinum, & fœmininum: par enim omnium conditio est, *Text. hic.* Et, qui in utero sunt, Jure civili habentur pro jam natis, quoties de commodo eorum agitur, *l.* 7. & 16 *ff de stat. hom. Harp. hic. n.* 3.

Illud tamen nota, quòd præteritione posthumia præteritione jam nati in hoc differat, quod testamentum, in quo jam natus præteritus est, ipso Jure nullum sit; contra verò testamentum, in quo posthumus præteritus est, ab initio valeat, & demum agnatione ipsius rumpatur. Ratio: quia is, qui in utero est, antequam nascitur, suus propriè hæres non est; nam contingere potest, ut mater abortum faciat, *text. hic. Manz. tract. de Testament. tit.* 8. *n.* 136.

Ad Vers. Sed Foeminini.

Olim posthumos, & posthumas exhæredari potuisse, dubium non est per §. nostrum. Hæc tamen non fuit differentia, ut fœminini sexus personæ, filiæ scilicet, & neptes posthumæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari potuerint, v.g. *ex liberis meis Cornelius mihi hæres esto, cæteri exhæredes sunto!* Ita tamen, ut si pater inter cæteros filias exhæredarit, debuerit aliquid legati nomine ipsis relinquere. Ratio est in *textu*, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem.

Ad Vers. Masculos.

Masculi filii posthumi non aliter poterunt, quam nominatim exhæredari, hôc scilicet modô, *quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto, text. hic.*

Verum hæc hodie inutilia sunt: nam posthumum, posthumamve hodie neque præterire licet, neque exhæredare; sed hæredes instituantur, necesse est. Ratio, quia nulla exhæredatio sine appositione, & probatione causæ ingratitudinis procedit, *Nov.* 115. *cap.* 3. atqui posthumus nullam potest committere ingratitudinis causam; *ergò* quòd si defacto posthumus fuerit exhæredatus, ad similitudinem jam nati per querelam inofficiosi testamentum debet evertere; non autem habet Jus dicendi nullum. *Schamb. hic. q.* 3. *Zoës. ff. de lib. & posthum.*

Multum autem interest, an posthumus Jus dicendi nullum habeat, an verò per querelam testamentum evertat? nam illi non nisi 30. annis; huic autem 5. annis præscribitur. II. Per Jus dicendi nullum totum testamentum evertitur; per querelam vero non nisi quoad institutionem: legata enim, & fideicommissa firma manent. *Auth. ex causa. Cod. de lib. præt.*

§. Posthumorum. 2.

Posthumi alii sunt *verè & propriè* tales. 13 Alii *minus propriè.* Veré & propriè posthumi sunt, qui post humatum patrem nascuntur; de quibus supra.

Impropriè, sive quasi posthumi dicuntur illi, qui in sui hæredis locum succedunt; sive, (ut clarius loquar) qui ante testamentum factum natus quidem est, non suus; sed post testamentum incipit esse suus hæres: talis est v.g. nepos, nam si filius, vivo patre moritur, aut alia ratione exit de potestate patria, tunc incipit

incipit nepos primum gradum obtinere, ac succedit in locum filii, *Manz. n.* 5.

Q. Ergó, *an quasi posthumus hæres instituí, vel nominatim exhæredari debeat, sicuti ipse filius?* ℞. I. indubitati Juris esse, quamdiu filius vivit, & in potestate patris testantis manet, tamdiu nepotes nec sui hæredes institui nec exhæredari debere, quia non sunt sui hæredes; pater enim ipsos præcedit, sui autem illi dicuntur, qui primum in potestate gradum obtinent. *Manz. n.* I. ℞. I. si filius vivente adhuc testatore, moriatur; aut qualibet alia ratione per emancipationem vel patriam dignitatem, &c. de potestate patria exeat, nepotes vel neptes in ipsius locum ita succedunt, ut ex constitutione legis Juliæ Velleiæ debeant, vel hæredes institui vel nominatim exhæredari, de qua mat ria plura in Digestis.

§. EMANCIPATOS. 3.

Filios emancipatos olim de Jure civili ad valorem, & substantiam testamenti hæredes instituere, vel exhæredari necesse non erat. Ratio, quia non ampliús sunt sui hæredes: ut enim quis suus hæres dicatur, debet habere *duas* qualitates, scilicet, ut sit in *potestate* testatoris, deinde ut *primum* gradum liberorum obtineat. §. *sui infrà de hæred. qualit. & diff. Manz. hic. num.* 2.

Verúm de Jure *prætorio* aliter obtinebat, nimirúm emancipati de hoc Jure vel institui vel exhæredari debebant, masculi quidem *nominatim*, h. e. debuit nomen ipsius appellari. Fœminæ veró inter cæteros v. g. hoc modò: *Titius, filius meus hæres esto! filiæ vero omnes exhæredes sunto!* Ratio prætoris fundata est in naturali æquitate, *sanguinem*, non veró *subtilitatem* Juris (*suitatem* scilicet) considerante. *Schamb. hic.* Quod si de factô emancipati, neque hæredes instituti fuerint, neque modò prædictô exhæredati, prætor dedit ipsis bonorum possessionem contra tabulas, quâ subvertant, & rescindat testamentum, *l.* I. §. & *sui* 6. *ff. de bon. poss. cont. tabul.* Ratio autem, cur opus fuerit bonorum possessione contra tabulas, & non potuerint ad instar suorum hæredum testamentum nullum dicere, est hæc: quia emancipatus non est ex lege hæres, licèt ergó non instituatur, Jure civili tamen testamentum valet. Nec Prætor potuit facere, ut testamentum nullum sit, quia Prætor tantúm dicitur custos Juris civilis, & non potest directò tollere ea, quæ sunt Juris civilis. Proinde, cùm tale Testamentum de Jure civili fuerit validum, rescissione opus erat, quæ per bonorum possessionem contra tabulas fiebat

Dices: parúm refert, sive quis Jus dicendi nullum testamentum, sive bonorum possessionem contra tabulas habeat; quia utroque remediô denuô consequitur hæreditatem. ℞. multum interesse, utrum testamentum sit nullum, an rumpatur per agnitionem, vel rescindatur per bonorum possessionem, vel querelam inofficiosi. Enimveró, si nullum est, paterfam. decedit omninó intestatus atque hæreditas ad legitimos hæredes pertinet, & Jus dicendi testamentum nullum per 30. annos durat. *Harp.* §. 3. *hic. n.* 9. Si rumpendum sit testamentum, fieri potest, ut posthumus non nascatur. Si veró per querelam evertendum, quinquenniô illa instituatur, necesse est; ultrâ id enim tempus non extenditur, *l. si tamen ff. de inoff. testam.*

Si denique per bonorum possessionem contra tabulas evertatur testamentum, illâ unô annô exspirat, *l.* I. 12. *ff. de success. edict. Harp. loc. cit. Manz. hic. n.* 14.

§. ADOPTIVI. 4.

Quæ in *hoc*. §. continentur, per *subsequentem* §. correcta sunt, & immutata; proinde saltum facimus ad

§. SED HÆC QUIDEM. 5.

Hactenus vidimus, multas *olim* quoad *institutionem* & *exhæredationem* inter liberos fuisse differentias. *Justinianus* verò in *hoc* §. declarat *novum* Jus, & ostendit, *hodie* omnium liberorum, tam masculorum, quàm fœminarum, tam filiorum, quàm nepotum ex filio, tam natorum, quàm posthumorum, tam emancipatorum, quàm in potestate existentium eandem conditionem esse, ut nimirum omnes eodem modô vel hæredes instituantur vel exhæredentur; puta *nominatim*, non verò *inter cæteros*: Ita *text. hic.* & *l. maximum vitium.* 4. *Cod. de libert. præt. vel exhæred.*

AD §. CIRCA ADOPTIVOS.

14 *Diximus* ad §. 4. circa adoptivos omnia in *eo* §. enumerata, mutationem recepisse. Jam *hic* declaratur, in quo consistat hæc mutatio, & ejus certam mentionem *Imperator* non facit, & aliô nos refert, videlicet ad, *l. pen. de adopt.* ubi circa adoptivos adhibetur temperamentum *distinctionis*, nimirùm, utrùm ab extraneo adoptatus aliquis sit, an ab uno ex ascendentibus, v. g. avô, vel proavo materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo, vel proavo paterno. Si aliquis adoptatus sit ab extraneo, tunc, cùm in adoptantis patriam potestatem non transeat, & omnia Jura naturalia retineat, pater naturalis tenetur filium, ab extraneo adoptatum, hæredem instituere, vel expresse, vel nominatim exhæredare, ita ut præteritus Jus dicendi testamentum nullum, vel injustè exhæredatus querelam inofficiosi testamenti haberet. Ratio quia manet in potestate patris naturalis, & suus hæres, neque transit in adoptantis Jus & potestatem (uti diximus *suprà inst. de adopt.* §. 2. ergò, quoad patrem naturalem, perinde ferè haberetur, atque si non fuisset adoptatus. Ratio ulterior reditur ab ipso *Imperatore* in §. 14. *de hæred. quæ ab intest. defer.* & in *d. l. pen. Cod. de adopt.* quia, nisi à patre naturali institui deberet, facile fieri posset, ut adoptatus ab extraneo utriusque, i. e. adoptantis naturalis successione privaretur. Et quidem patris naturalis, ex voluntate ejus si ipsum præteriret; adoptantis verò, si post patris naturalis obitum pater adoptivus eum emanciparet: quo in casu ab adoptante amplius institui non debuit, cùm per emancipationem ejus familiæ eximatur. *Manz. tract. de testam. tit.* 8. *q.* 2. *n.* 173.

Ex *dictis* ergó sequitur, quòd adoptatus ab extraneo, hæres ab adoptante institui non debeat; sed, quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit. *l.* 10. §. *Cod. h. t.* Ratio; quia non transit in potestatem adoptantis. §. *Inst. de adopt.*

Dices, Ad quid ergò prodest adoptatio? ℟. si maneat in tali adoptione, nullâ interveniente emancipatione, ad hoc ei prodesse, ut, si intestatus, pater extraneus adoptivus decesserit, illi ab intestato succedat. *Manz. n.* 22. *Inst. hic.*

Si quis veró ab Avo materno, vel aliis ascendentibus adoptatus fuerit, tunc ab adoptante debet vel hæres institui, vel nominatim exhæredari, ita, ut Pater naturalis eum licité, & valide præterire possit, *d. l.* 10. §. *si vero Cod. eod.* Ratio ibi additur; quia in hoc casu is solus Pater intelligitur, quem lex fecit, & natura non dereliquit; concurrunt enim duæ species filiatio-

filiationis, sive duo Jura naturalia *sanguinis*, & civilia *adoptionis*, *Manz. tract. de testam. n.* 176. Ratio alia, quia ejusmodi adoptivus in potestatem, & familiam adoptantis transit; cùm ergò locum habeat *suitas*, locum quoque habebit instituendi *necessitas*. *Manz. Instit. hic. n.* 24.

§. Sed Si. 6.

15 Inter alia militis privilegia, & hoc est, quòd, in expeditionibus constitutus, faciens Jure militari testamentum, liberos, licèt sui sint, instituere, vel exhæredare non teneatur; sed præteritio ipsius locó exhæredationis habeatur, modó sciverit, se liberos habuisse. Si verò ignorans se liberos habuisse, alios hæredes scripserit, eos autem præteriérit, vel, quia nescit, uxorem prægnantem esse, vel, quia, eò absente, nati sunt, hoc in casu non censetur eos exhæredare voluisse, ac proinde testamentum minimè valebit, *l. 9. & l.* 10 *Cod. de testam milit.* Quia nulla voluntas elici potest ex ignorantia, & errore, *l.* 116. *ff. de R. J. Harp. hic. & Manz.*

§. Fin.

Illud in hoc §. sancitur, quòd Mater, item Avus maternus necesse non habeant, liberos suos, aut hæredes instituere, aut nominatim exhæredare, sed, quòd possint eos silentio omittere: & tale silentium tantum faciat, quantum exhæredatio patris, h. e. testamentum, in quo Mater filium suum silentio præteriit, non ipso Jure nullum, sed per querelam inofficiosi rescindendum.

TITULUS XIV.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

SUMMARIA.

1 *Quinam nequeant hæredes institui?*
2 *Servus an rectè instituatur?*
3 *Hereditas in quot uncias dividitur?*
4 *Quid Juris, si hæreditas à testatore in plures uncias divisa sit?*
5 *Conditio impossibilis, institutioni adjecta, quid operetur?*

CONTINUATIO.

1 Visso, qui necessariò instituendi, vel exhæredandi sint? sequitur in genere qui *hæredes* institui possint?

Ad Princip.

Hæredes possunt omnes institui, qui non prohibentur. In specie autem prohibentur I. Deportati, *l.* 1. *Cod. de hæred. inst.* quia non sunt Cives Romani. II. Damnati in metallum, quibus nihil relinqui potest, nisi alimenta, *l.* 3. *ff. de his, quæ pro non script. habent.* III. Damnati ad triremes, quia hodie in eorum locum successerunt, qui in metallum damnati sunt. *Manz. tract. de testam. tit.* 6. *n.* 81. IV. Apostatæ, sive ii, qui à Christiana fide defecerunt. Item Hæretici, Anabaptistæ, *l.* 3. *Cod. de Apostat. Nov.* 115. *cap.* 10. & 14. V. Filii reorum criminis læsæ Majestatis, *l.* 5. §. 1. *Cod. ad leg. Jul. Majest.* VI. Excommunicati propter cædem, vel percussionem cardinalis. *c. fin. de pæn. in* 6. VII. Mulier, intra tempus luctûs nubens, *l.* 1. *Cod. de secund. nupt.* Ratio: quia hæc est pœna incontinentiæ. Quod de Jure Canonico non procedit, *c. pen. & ult.*

ult. ☧ *de secund. nupt.* VIII. Personæ incertæ, quales sunt, quas incertâ, & cœcâ opinione animo suo testator subjicit, *l. quoties.* §. 9. *ff. h. t.* Ratio: quia certum debet esse testatoris consilium. De Jure novo incertæ personæ institui possunt, dummodò certitudo earum ex futuro eventu desumi possit. *Glettle tract. de testam. cap.* 1. §. 2. *de iis, qui absolute non possunt institui, n.* 2. *Harp. n.* 11. *hic.* IX. Filii, ex damnato coitu nati, quales sunt nefarii, incestuosi, adulterini, sacrilegi, *Auth. licet Cod. de natur. liber.* & *Auth. ex complexu Cod. de incestuos. nupt. Manz. tract. de testam. loc. cit. n.* 83. & *seq.* Ratio est in odio damnatæ levitatis, incontinentiæ positæ. Hinc dicit *Nov.* 83. §. 1. quod nulla illis sit impertienda clementia; hoc autem eatenus procedit, ut à Patre, vel Matre institui non possint; nam extraneus tales ex damnato coitu susceptos, validè instituit. *Gail. lib.* 2. *obs.* 88. *n.* 2. Ratio, quia in extraneo cessat causa prohibitionis, videlicet damnata libido, & peccatrix concupiscentia. *Manz. loc. cit num.* 113.

X. Non possunt institui hæredes Monachi S. Francisci, veluti Capucini, & Minores de Observantia seu recollecti. Ita statuitur in *Clement. exivi.* V. *quia igitur. de V. S.* Ratio, quia nihil proprium habere possunt, neque in communi, neque in particulari, *Manz. loc. cit. n.* 151. *Glettle loc. cit. n.* 6. Legatum tamen capere, & fidei-commissum particulari non prohibentur, modo sit rei mobilis, & parvæ quantitatis *d. Clement. exivi.* Ubi nominatim, & in specie prohibentur, capere legatum rei immobilis, aut magnæ quantitatis, ergó legatum rei mobilis, & parvæ quantitatis possunt accipere: exceptio enim firmat Regulam in casibus non exceptis. *arg. l.* 18. §. 11. *ff. d. instruct. fund. vel. instrum. leg.* Cùm autem fratres minores sint incapaces Judiciorum, actionum pro rebus, sibi donatis, vel in ultimâ voluntate relictis competentium, ideó possunt implorare officium Judicis, ac rogare, ut ad præstationem legati hæres coarctetur. Vel Judex etiam non imploratus, ex officio adversùs hæredem procedere, & hæredem ad præstationem legati compellere potest. *Manz. n.* 163. *Glettle loc. cit. n.* 7.

Ad Vers. Proprios.

Olim servos proprios non aliter instituere licebat, quam cum *libertate*, v.g. hôc modô: *Stichus servus meus, liber, & hæres esto!* Hodie, omissâ etiam libertatis donatione, rectè instituuntur, quia testator, eum instituendo hæredem tacitè dat libertatem, cúm sine ea hæres esse non possit, &c.

Excipe servum, de adulterio, cum Domina sua commisso, accusatum: talis enim ante sententiam non manumitti nec à Domina hæres institui potest. *text. hic. Manz. & S hamb. hic.*

§ Servus I.

Servus itaque hæres à Domino institui potest, institutus fit liber dominóque hæres necessarius, modó in eadem causa manserit, i.e. in domo testatoris usque ad mortem, & utrumque, i. e libertatem, & hæreditatem ex testamento consequatur. Hinc, à vivo testatore manumissus, vel in alterius domini potestatem translatus, non amplius hæres erit necessarius; sed priori casu ex suo, posteriori non nisi ex domini sui novi arbitrio, & jussu hæreditatem adire poterit, non etiam nomine suo, quia dominus, eum alienando, à libertatis datione destitisse videtur. *text. hic.* Hæc de servo

servo *proprio*. Servus veró *alienus*, hæres institutus, jussu, & nomine Domini, in cujus potestate adeundæ hæreditationis tempore erit; adibit, quód si ipsemet tunc liber sit, nomine suo adire poterit.

Q. *Quid, si servus institutus, non obstante jussu domini, adire hæreditatem nolit*; ℞. Dominus non fiet hæres. *l.* 3. *v. posuit. Cod. h. t. l.* 6. *§. fin. l.* 7. *ff. de acquir. & amitt. hæred.*

Dices: talis servus, nec velle, nec nolle habet ℞. quoad ea, quæ ad Juris effectum sunt comparata *conc.* quoad ea, quæ in facto consistunt, uti est aditio, *nego antec. & conseq. Schamb. hic.*

Urges: Hærede instituto filiosam. & adire hæreditatem recusante, pater eam acceptare potest; *ergo* etiam dominus, invitô servô. ℞. *neg. conseq.* quia est speciale in patre, utpote qui magis videtur, esse una, eademque persona cum filiosam. quàm Dominus cum servo. *Schamb. hic.*

§. SERVUS ETIAM. 2.

Indicat hoc locô *Imperator*, *etiam* servum hæreditarium posse hæredem institui, i. e servum mortuô jam Dominô, & nondum ejus aditâ hæreditate. Videbatur quidem, hunc servum institui non posse, cúm hæreditatem nequeat acquirere, utpote, qui Dominô caret, ex cujus persona Jus adeundi habeat.

Verum *dicendum*, quod hæreditas jacens, & nondum adita, Domini defuncti personam sustineat, atque repræsentet. *Confirmatur* conclusio à paritate: potest hæres institui servus, cujus Dominus adhuc in utero est; *ergo* & hæreditarius, qui Dominum nondum habet, *text. hic.* Servus tamen hæreditarius ante aditam hæreditatem à suo Domino hæreditatem adire non potest, quia requiritur Jussus Domini, *Manz. hic.*

§. SERVUS AUTEM. 3.

Non tantùm unius, sed etiam plurium Dominorum, seu communis servus hæres institui potest hæreditate, neque acquiret suis Dominis, quorum jussu eam adit, pro portione dominica regulariter, quia dominium est acquisitionis causa.

Dixi *quorum jussu*, quia, unô alteróve non jubente, pars illa jubenti accrescit; cúm nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere possit. *l.* 7. *ff. de R. I.*

Dices: si legatum servo communi relinquatur, unô Dominô repudiante, pars vacans alteri non accrescit, *l.* 20. *ff. de legat.* 2. ergo idem hic. ℞. *neg. conseq.* quia ibi aliquis non decedit partim testatus, partim intestatus.

§. ET UNUM. 4.

Potest quis *hæredes* instituere, *quot* voluerit; ratio nulla est alia, quàm libertas ultimæ voluntatis. Ex quo *inferunt*, quòd non referat sive *Civitatem*, sive *Populum*, sive *Collegium* (saltem *licitum*) aliquis instituat. *Manz. n.* 2, & 3. *hic.*

§. HÆREDITAS. 5.

Imperator in *hoc* §. plures hæredes à testatore institui posse, dixit. Sed, quia 3
aliquando inæqualiter instituuntur, ideo *partes* hæreditatis *hic declarat. Dividitur* autem hæreditas plerumque in XII. *partes* seu *uncias*. Istæ autem partes, seu unciæ, simul sumptæ, vocantur *As*, *libra*, vel *pondo*. Nomina autem partium hæc sunt:

Duodecima, sive minima pars assis vocatur *Uncia. Sextans*, quasi dicas, sexta pars assis, sunt 2. unciæ. *Quadrans*, quarta pars assis, sunt 3. unciæ. *Triens*

Triens, tertia pars assis, sunt 4. unciæ. *Quincunx*, quasi contineat 5. partes. *Semis*, quasi semias h. e. dimidius as, sunt 6. unciæ. *Septunx*, sunt 7. unciæ. *Bes*, quasi bis triens, sunt 8. unciæ. *Dodrans*, sunt 9. unciæ. *Dextans*, 10. unciæ. *Deunx*, quasi dempta unciâ, sunt 11. unciæ.

Ratio porró, quare Jura dividant hæreditatem in XII. uncias, alia non est, quàm, quia conveniens videbatur iste numerus pro commodâ divisione hæreditatis. Itaque, si testator velit plures hæredes instituere potest ita scribere: *Titium instituo in quicunce*; *Mævium in quadrante*; *Cajum in triente*: quo in casu *Titius* 5. partes; *Mævius* 3. *Cajus* 4. accipiet. proinde fac! testatorem habuisse in bonis 1200 fl. Hôc casu capiet Titius 500. Mævius 300. Cajus 400.

Dices: quid opus testatorem tam inusitatis verbis uti? cur non statim dicit: *Titium in* 500. *Mævium in*300. *&c. Hæredes instituo*? ℞. I. Id fieri propterea, quia ipso adhuc vivente, crescere & decrescere potest patrimonium ejus ℞. II. Multum interesse: nam, si testator dicat: *Titium instituo in quicunce, sive in* 5. *unciis, vel quinta parte hæreditatis*: Tunc dicitur testator ipsum instituisse in quota hæreditatis, & proinde capit Titius istam quotam titulô universali. Si dicat: *Titium instituo* in 500 fl. Tunc dicitur, ipsum instituere in certa re, & Titius capit eos titulo singulari, & potiùs nomine legati, quàm hæreditatis, cujus hic est effectus: nam si quis rem certam titulo singulari ex testamento alterius percipit, consequitur illam merè lucrativè, & sine omni onere; qui veró quotam, is & pro parte, qua hæres est, onera quoque sustinet, & Creditoribus hæreditariis satisfacere tenetur. Alter effectus, & discrimen est, quoad Jus accrescendi: nam, si plures ex singulari re hæredes instituti essent, & unus repudiaret suam partem, non accresceret in singulari re, sed in quota hæreditatis instituto, de quo vide §. 1. *infra de legat. Manz. hic. n.* 8. *& seqq.*

AD ℣. NON AUTEM.

Quamquàm bonum sit (commodioris divisionis gratiâ) legalem distributionem servare: & hæreditatem semper in XII. uncias, non plures, neque pauciores dividere: Non tamen ad hunc numerum restrictus est Testator; sed potest vel plures, vel pauciores uncias facere. Hinc, si dixerit: *Titius ex semisse mihi hæres esto*! totus as in semisse erit; quia nemo paganus potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere, *l.* 7. *ff. de R. J.* nisi miles sit, quia in hoc sola voluntas spectatur: hinc in dato exemplo Titius semissem, hæredes ab intestato alterum semissem caperent. *Manz. n.* 16. *Schamb. hic.*

Quid, si plures testator instituerit, & assem non impleverit? v. g. Mævium in semisse; Cajum in quadrante? ℞. I. quòd quadrans vacans in 9. uncias dividi debeat, & Mævius capiat iterum 6. Cajus veró 3. ℞. II. Posse totam hæreditatem in 9. duntaxat uncias dividi, quarum 6. Mævius, tres Cajus accipit. *Manz. n.* 15.

Quid, si testator hæreditatem in plures, quàm in XII. uncias diviserit. v. g. Titium in 12. *Cajum in* 6. *unciis instituerit*? ℞. quód tunc in dupondium. Si veró 24. uncias instituendo hæredes excesserit, in tripondium processisse videtur. Istæ tamen partes omnes ad assem revocantur, & cuilibet pro rata decrescit; quod bono arithmetico reliqnitur computandum. *Schamb. hic.* Sed, ne te in hac re multum confundas, dic; quòd quis tot 4

partes

partes capiat, quot ipsi assignatæ sunt, & hæreditas in tot uncias dividatur in quot ipse testator eos divisit.

§. Si Plures 6.

Q. in *hoc.* §. *quando sit necessaria distributio secundum partes assis?* & ℟. tunc partium distributionem necessariam esse si plures instituantur hæredes, & eos noluit testator ex æqualibus partibus hæredes esse. Nam, si nullas partes assignaverit, satis indicat, ex æquis partibus eos velle hæredes esse.

Ad v. Partibus.

Quid si testator hæredes quosdam instituit definite, h. e. partibus in quorundam personis expressis; quosdam verò indefinite, h. e. partibus non assignatis? ℟. cum *distinctione*: vel enim as est completus; vel nondum est completus. Si as nondum est completus, tunc indefinitè institutus partem residuam capit: si plures indefinitè instituti sint, omnes in portionem vacantem concurrunt, eamque æqualiter inter se dividunt; quia talis esse mens, & voluntas testatoris, creditur.

Ad v. Si Vero.

Si veró totus as jam completus sit, tunc videtur, dupondium fecisse, & institutus indefinitè capiet dimidiam partem hæreditatis; quia dupondium ad assem revocatur; sive hæreditas dividitur in 24. uncias, ex quibus definitè instituti 12. & indefinitè 12. uncias.

§. Videamus. 7.

Si nullus sine parte scriptus sit, & tamen pars aliqua vacet, illa singulis pro parte hæreditatis accrescit. Et contra, si plures hæredes scripti in portionibus sint, tacitè singulis decrescet. Sed, quomodo fiet computatio? vide *Manz. hic.* qui duos computandi modos tradit, quorum primus valdé obscurus est. Ego proinde secundum teneo, & dico si nullus sine parte scriptus sit, & una tamen pars vacet, quod non opus sit Jure accrescendi; sed testator censetur, hæreditatem non in plures uncias divisisse. Quód si é contrà assem assignando, partes excesserit, censetur in plures uncias divisisse.v. g. Fac! testator instituit primum in triente, secundum in quadrante. Hoc in casu censetur hæreditatem in septem partes divisisse, quarum primus quatuor, secundus tres accipit. Fac iterum, quod primùm in semisse, secundum in triente, tertium in quincunce instituerit: hoc in casu censetur testator hæreditatem in 16. uncias divisisse.

§. Et si Plures. 8.

Si plures unciæ, quàm 12. distributæ, & aliquis sine parte institutus sit, hic habebit id, quod dupondio deest. Idem expletò dupondio sentiendum de tripondio, *Schneid. n.* 5. *v. g.* testator fecit 4. hæredes. I. instituit in 6. unciis. II. in 4. & III. in 4. deinde IV. indefinitè instituit: quid capiet hic? ℟. id, quod deest dupondio, videlicet 10. uncias.

§. Hæres Et Pure. 9.

In *hoc.* §. traditur qualiter hæredis *Institutio* fieri possit? videlicet *purè*, & sub *conditione.*

Ex *die* verò, vel *certo* tempore hæres institui non potest, veluti post biennium, quàm moriatur, ne quis pro parte temporis decedat testatus, pro parte intestatus. Sic etiam in certum tempus hæres institui non potest, per allegatam rationem; & etiam hanc, quód is, qui semel hæres est, non potest desinere esse hæres, *l.* 88. *ff. h. t.*

Et

Et ideo, si ex certò tempore, vel ad certum tempus hæres instituatur, tempus habetur pro non adjecto, & censetur puré institutus, & hoc fit in favorem ultimarum voluntatum. *text. hic. Manz. & Schneid.*

§. Impossibilis: 10.

5 Q. *Quid Juris si conditio impossibilis sit apposita?* R. si institutionibus, legatis, fidei-commissis, donationibus mortis causâ ea sit adjecta, habetur pro non adjecta, *text. hic.* & *l. 20. ff. h. t.* Ratio est favor ultimæ voluntatis. Secùs, si contractibus adjecta sit, tunc enim contractum vitiat & annulat, quia partes jocari voluisse, præsumuntur; Testator autem jocari non præsumitur. *Manz. hic.*

§. Si Plures. 11.

Contigit subinde, ut plures conditiones uni hæredi adjiciantur; quo in casu, si *conjunctim* sint adscriptæ, velut, *si Romam iverit, si imperator Turcam vicerit*, omnium eventus exspectandus est; conjuncta enim unius loco habentur. Si *separatim* scriptæ sint, veluti *si Capitolium ascenderit, aut Petro 10. dederit*, sufficit unam esse impletam. Ratio, quia in *alternativis* sufficit alterum adimpleri.

§. Fin.

Illi etiam, quos testator nunquam vidit, hæredes institui possunt, quia possunt vel per *amicitiam*, vel *famam*, vel *virtutem* aliunde noti esse. Sic potest quis *fratris filios peregrinantes*, vel *Professorem primarium Salisburgensem* hæredes instituere, magis enim voluntas testatoris quàm cognitio attendenda. *Manz. hic.*

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

SUMMARIA.

1 *Definitur substitutio in genere.*
2 *Testator potest plures gradus substitutionis facere.*
3 *In Codicillis non rectè fit substitutio.*
4 *Facta tamen in fidei commissum trahitur.*
5 *Substitutio alia est vulgaris, alia pupillaris.*
6 *Iterum alia expressa, alia tacita.*
7 *Denique alia definita alia indefinita.*
8 *Factum in casum voluntatis, facta etiam in casum impotentiæ non censetur.*
9 *Resolvuntur argumenta contraria.*
10 *Plures possunt in locum unius substitui.*
11 & 12 *Enumerantur varii casus substitutionis.*
13 *Recensentur effectus substitutionis vulgaris.*
14 *Exspirat substitutio variis modis.*
15 *An substitutio sit potior Jure accrescendi?*

Connexio.

Expositò *primò* institutionis gradu, videamus modò de *secundo*, *tertio* & *consequentibus*; potest enim testator plures facere institutionis gradus, &c. qui fiunt post primum gradum, vocantur substitutiones, *Affter-Erb-Satzungen*. Quam *materiam* à *subtilitate*, & *difficul-*

tate

tate inter alias *principem* compellere poſſis; teſte enim *Manzio*, tanta ejus eſt altitudo, ut compendiariâ interpretatione exhauriri non poſſit, videturque ſimillima mari Anglico, in quo ſunt reptilia ſine numero. Ai! nolim? animum abjicias, trementi ſimilis. Induſtria, labore, conſtantiâ opus eſt, agendum intensè, & acriter. Difficultatum tanta non occurrit machina, quanta nequeat laborum ariete conquaſſari: & cui (quæſo!) non incendatur animus ubi notum eſt, *Baldum* de ſola hac ſubſtitutionum materia conſulendo 1500. aureorum lucri tuliſſe.

AD PRINCIP.

1 *Subſtitutio* à variis variè *deſcribitur*: placet, quód ſit ſecundi hæredis inſtitutio collata in caſum, quo primus inſtitutus hæres non erit, v. g. cum teſtator dicit: *Titium hæredem inſtituo*; *ſi hæres non erit*, *Cajum ei ſubſtituo*. Hic Titius dicitur inſtitutus, & Cajus ſubſtitutus: & hæc ſubſtitutio eſt ſecundaria & conditionalis inſtitutio; quia tunc demùm ſubſtitutus hæres erit, quando primò locò hæres inſtitutus hæreditatem non adit, vel, quia non vult, vel, quia non poteſt. *Schneid*. *n*. 3.

2 Poteſt autem teſtator plures ſubordinationes, & gradus hæredum facere, v. g. dicendo: *Petrus mihi hæres eſto! ſi Petrus hæres non erit*, *Paulus hæres eſto! ſi Paulus non erit*, *Joannes eſto! ſi nec Joannes erit*, *Antonius eſto*; *& ita deinceps*, *in quantum velit teſtator*, *ſubſtituere poteſt*: adeò, ut in ſubſidium, & noviſſimò locò ſervum hæredem inſtituere poſſit, ne ſcilicet inteſtatus moriatur, v. g. dicendo: *ſi ex prædictis nemo hæres erit*, *ſervus hæres eſto!* qui propter dominicam poteſtatem nolens volens hæres eſſe cogitur. *Manz*. *n*. 3.

Porrò dicitur in *Textu princip*. *hic*. *in Teſtamento ſuo*, quia in codicillis ſubſtituere non licet. Ratio, ne confundatur Jus teſtamentorum, & condicillorum. *Harp*. *n*. 39. *hic*. Ratio alia: quia, ubi inſtitutio non eſt permiſſa, ibi ſubſtitutio eſt prohibita, cum hæc nihil ſit aliud, quam ſecunda inſtitutio. *Fuſarius de ſubſtit*. *q*. 1. atqui in codicillis inſtitutio non eſt permiſſa. §. 2. *Inſt*. *de Codicill*. ergò, *Manz*. *n*. 5. 3

Q. I. *An ſubſtitutio directis verbis in codicillis facta cum directo Jure valere nequeat*, *ſaltem in vim fidei-commiſſi ſuſtineatur*, *ita*, *ut venientes ab inteſtato cenſeantur rogati*, *eam hæreditatem reſtituere hæredi*, *in codicillis ſubſtituto*, *detractâ quartâ Trebellianicâ*? Quamvis *negativa* in rigore Juris facilè defendi poſſit, quemadmodum eam diſputandi (ut ait) potiùs, quàm decidendi gratiâ, tuetur *Harp*. *num*. 41. *hic*, ex hac ratione, quod verba directa naturam ſuam retineant, nec obligentur niſi in caſibus Jure expreſſis, *l*. 7. *ff*. *h*. *t*. ubi ſubſtitutio, directis verbis impuberi ultra tempus pubertatis facta, ad fidei-commiſſum reducitur. 4

Affirmativæ tamen *communi* harmoniâ DD. accinunt. Ita *Zoeſ*. *ff*. *de Jure Codicill*. *n*. 7. *Hunn*. *ad Treutl*. *vol*. 2. *diſp*. 11. *th*. 6. *lit*. C. *Schneid*. *n*. 15. *Mynſing*. *n*. 8.

Ratio hujus eſt, ut ſuſtineatur ultima voluntas, omni meliori modô, quo poteſt. *Accedit* præterea *l*. *fin*. §. 1. *de Codicill*. ubi *Theodoſius Imperator* ait: non licere ad fidei-commiſſi interpretationem, veluti ex codicillis, voluntatem reducere, ſi teſtator teſtamentum facere decrevit, *ergò* à contrario licita erit detractio, ſi codicillos teſtator facere voluit. Deinde inter DD. facilè convenit, inſtitutionem, in codicillis directè fac-

tam, ad fideicommissum reducit, uti communiter tradunt ad §. 2. *Inst. de Codicill.* ergo etiam substitutio, in Codicillis directa facta, ad fideicommissum reduci debet.

5 *Dividitur* substitutio I. in *vulgarem*, & *pupillarem*. Vulgaris est, qua cuivis ætati, & personæ à quolibet de populo (idoneô tamen) substituitur in casum non aditæ hæreditatis, veluti: *Titius hæres esto*; *si hæres non erit, Cajus hæres esto. Schneid. n.* 8. Pupillaris est, qua parentes liberis substituunt impuberibus, in potestate constitutis, in casum acquisitæ hæreditatis, & mortis ante pupillarem ætatem. Huc pertinet substitutio *exemplaris*, *breviloqua*, *&c.* de quibus *tit. seq.*

6 Vulgaris *dividitur* II. in *expressam* & *tacitam*. Expressa est, quæ fit verbis expressis v. g. *Titius hæres esto*, *si hæres non erit*, *Cajus hæres esto*! Tacita est quæ sub pupillari expressa continetur; v. g. si testator ita scribat: *Filius meus impubes hæres esto*! *si hæres erit*, *& in impubertate decesserit*, *Cajus hæres esto*! Hæc est substitutio pupillaris expressa, continens in se tacitum vulgarem, ita ut, si filius in impubertate non moriatur, & ab hæreditate paterna se se abstineat, Cajus substitutus nihilominùs ad hæreditatem paternam admittatur, *l. jam hoc jure* 4. *ff. h. t.* Sed, quomodo admittetur Cajus? ℞. ex substitutione vulgari tacita, quasi testator etiam in illum casum substituisset, quo hæres non erit, & intra pubertatem non decesserit. Et hoc ex interpretatione, vi, & potestate legis, præsumentis, quod testator, qui ita dilexit substitutum, ut non duntaxat filii bona, sed etiam bona ipsius testatoris propria, ad eundem venire voluerit, censeatur etiam velle, ut filiô, ante patrem mortuô aut se ab hæreditate abstinente, substitutus in bona, ipsius testatoris propria succedat. Ita re ipsâ docent *Zoes. ff. h. t. n.* 17. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *th.* 8. *lit. F. Hunn. ibid. q.* 50. *& var. resolut. lib.* 2. *tract.* 6. *q.* 7. *Fusar. de substit. quæst.* 24. *per tot. Mantica de conject. ult. volunt. lib.* 5. *tit.* 5. *n.* 1. *Schneid. n.* 9. *Perez. & Schamb. Inst. hic. Menoch. lib.* 4. *præsumpt.* 43. *n.* 1. *& seq.* ubi ait, pro regula quasi ab omnibus constitui pupillarem expressam in se continere vulgarem tacitam, quod, an sine altercatione procedat, videbimus *infra. tit. seq.*

III. Substitutio *divellitur* in definitam, & indefinitam. Hæc est, quæ specialem casum non complectitur, sed verbis generalibus concepta est, v. g. *Titius hæres esto*! *si hæres non erit*, *Cajus hæres esto*! Illa est, quæ specialem casum complectitur, puta, *noluntatis* aut *impotentiæ*! v. g. *Titius hæres esto*! *si hæres esse non velit*, *Cajus hæres esto*! 7

Q. II. *An substitutus in casum noluntatis censeatur vocatus in casum impotentiæ, vel econtra*? Casus eximiæ hujus controversiæ emergat iste. Testator ita scripsit: *Titius hæres esto*! *si Titius hæres esse non velit*, *Cajus hæres esto* Nam fac, quod Titius libenter vellet esse hæres; sed, quia fortassis deportatus est, hæres esse non possit: quæstionis est, an substitutus Cajus nihilominùs admittatur; *Affir. Zoes. ff. h. t. num.* 7. *Perez. ad Cod. de impub. & aliis substitut. n.* 3. *Schamb. Inst. hic. Gomez. var. resol. tom.* 1. *cap.* 3. *n.* 10. *Arumæ. exercit.* 8. *th.* 15. *Menoch. lib.* 4. *præsumpt.* 65. *Fusar. q.* 31.

Moventur I. Quia videtur esse eadem ratio in casu omisso, quæ in casu expresso, nam substitutio vulgaris, *si hæres esse non velit*, ideó facta intelligitur, ut defunctus hæredem habeat, & non decedat intestatus in casu, quo primus institutus hæres non vult esse hæres; sed

hæc

hæc ipsa ratio militat etiam in casu, quo hæres esse non potest; *ergo*.

Moventur II. per *l*. 3. *Cod. de substit. & instit.* ubi institutus sub conditione; *si à patre emancipatus fuerit*, censetur etiam institutus in casu, quo pater deportatus fuerit: sicuti ergò institutio in unum casum facta, trahitur ad alium casum; ita quoque substitutio facta in unum casum, trahenda est ad alterum.

Moventur III. per *l*. 25.§.1. *ff. de lib. & posthum.* ubi proponitur talis casus: testator scripsit illum hæredem, quem adhuc in utero matris esse credidit; postea apparuit, quod tempore conditi testamenti jam fuerit natus, & consequenter testator in sua opinione erraverit. *Quærebatur*, an nihilominus valeat institutio? & *responsum* fuit, quod *sic*; ergò dispositio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

Moventur IV. per *l. Gallus* 29. §. 5. *ff. de lib. & posthum.* ubi nepos, vocatus in casum, quo filius mortuus fuerit, censetur etiam vocatus in casum quo filius deportatus est, aut per emancipationem exiit de patria potestate; ergò dispositio facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

Moventur V. per *l. Jam hoc Jure* 4. *ff. h. t.* ubi sub hac conditione, *si hæres non erit*, etiam hæc conditio comprehenditur, *si hæres erit, & intra pubertatem decesserit*, ergò dispositio, facta in unum casum, censetur etiam facta in alterum.

Verum, his non *obstantibus*, semper 8 mihi visa est verior *negantium* opinio, ita, ut substitutus in casum noluntatis non admittatur in casum impotentiæ. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 12. *th.*6.*q.* 37. *Fachinæ. lib.* 4. *cap.* 61. *Harp.* §. 1. *Inst. h.t.n.*7. *Bachov. ad Treutl. c.*10.*lit.A. Mantic. de conject. ult. volunt. lib.* 5. *tit.* 1.

Probatur I. Hac ratione: quia isti duo casus noluntatis, & impotentiæ sunt planè diversi, & ita diversi, ut nihil quidquam invicem commune habeant; quod exinde patet, quia non velle, & non posse sunt diversa: siquidem possum non velle Romam ire; non tamen sequitur, quod non possim, atqui diversorum ea est natura, ut, unò positò, non censeatur alterum quoque positum, *ergo*, &c.

Accedit, quod actus agentis non operetur ultra ejus intentionem, *l*. 19. *ff. si cert. pet.* sed actus agentis est circa casum noluntatis; ergò non operatur in casu impotentiæ, præcipuè quoniam substitutio ex conjecturis inducenda non est, *arg. l*. 21. *ff. qui testam. fac. poss.* Taceo, quod quælibet conditio debeat in forma specifica adimpleri; uti ex *sequent.* patebit.

Probatur II. per *l. patet*. 101. *ff. de condit. & demonst.* ubi proponitur talis casus: pater filiæ prædium reliquit sub ista conditione, ut nuberet Philippo; & si huic non nuberet, Philippo tamen daretur prædium: contigit, ut filia libenter nuberet, sed nondum viripotens, decessit. Q. an Philippo debeatur prædium? deciditur, quod *non*. Jam sic arguo: si legavi in casum noluntatis, legatarius nihil capit in casu impotentiæ; ergo etiam, si substitui in casum noluntatis, substitutus nihil capiet in casu impotentiæ.

Probatur III. per *l. commodissimè* 10. *ff. de lib. & posth.* ubi dicitur, quod si testator ita scripserit: si, vivò me, nascatur, hæres esto, non censeatur filius posthumus institutus, & rumpat testamentum, si mortuò testatore nascatur; ex ratione, quia casus omissus habetur pro omisso, *ergo* idem in nostro casu dicendum.

Probatur IV. per *l.* 21. *ff. h. t.* ubi substitutus in casum, quo intra decimum annum filius decesserit, non admittitur si post decimum annum decesserit: ex ratione, quoniam in hunc casum non est substitutus, & quia conditio debet impleri in forma specifica; ergo idem in nostro casu dicendum.

Probatur V. per *l.* 22. *ff. solut. matrim.* ubi, si extraneus dedit dotem, &, eam sibi in casu divortii reddi, stipulatus est, dos reddi non debet, si matrimonium per mortem dissolutum sit: ex ratione non alia, quàm, quia casus omissus habetur pro omisso, & conditio debet impleri in forma specifica; ergo idem in nostro casu dicendum.

9 Argumenta *contraria* nullò labore enervantur.

Ad I. R. non spectari, an sit eadem ratio, sed, an sit voluntas testatoris; quæ talis esse præsumitur, ut in casu omisso nullum hæredem habeat.

Ad II. R. quòd in casu *d. l.* 3. idem planè effectus tam ex emancipatione, quàm ex deportatione sequatur, scilicet iste, ne usus-fructus ad patrem perveniat. Hæc enim unica fuit testatricis intentio, quæ adimpletur, sive patria potestas soluta sit per emancipationem, sive per deportationem. Secùs est in nostro casu, ubi forté testator ob certas rationes in casu impotentiæ substitutum noluit admitti.

Ad III. R. quód testator ideo in *cit. l.* 25. §. 1. unum duntaxat casum expresserit, quia, se statim moriturum, credidit, & nativitatem ejus quem in utero esse credidit, ignoravit. Secùs est in nostro casu, ubi pater bené novit, substitutionem vulgarem duos in se continere casus, unum proinde si expresserit, alterum videtur exclusisse.

Ad IV. R. Ideò casum mortis extendi ad casum deportationis, quia utriusque casûs prorsus est eadem ratio: filius enim in utroque casu desinit esse suus, & consequenter nepos agnoscitur suus hæres, atque adeo rumpit testamentum, quod unicum evitare pater voluisse præsumitur. Secùs autem est in nostro casu, ubi fortè alia testatorem potuit movisse ratio, quòd in casum impotentiæ non substituerit.

Ad V. R. quód ideò in *d. l.* 4. substitutus in utrumque casum admittatur, quia substitutio vulgaris tacita continet in se pupillarem expressam, & pupillaris tacita vulgarem expressam.

Accedit, quód constitutio *d. l.* 4. singulariter à Divo *Marco* facta sit, & non tantùm ideò locum habeat, quia voluntas testatoris, substituentis in unum casum, præsumitur etiam fuisse in alterum; sed, quia istam præsumptionem expresse Jura, & leges confirmant.

§. ET PLURES. I.

Q. in hoc §. *qualiter substitutio fieri possit?* & R. diversimode fieri posse, & quidem I. quòd plures in unius locum substitui possint, v. g. *Titius hæres esto! si Titius hæres non erit; Lucius, Stichus, Cajus, Sempronius sunto!* 10

II. Potest testator in plurium hæredum locum substituere unum, v. g. hoc modó: *Lucius, Titius, Mævius, & Publius hæredes sunto; & si hæredes hi non erunt, Sempronius hæres esto!*

III. Potest testator singulos substituere in locum singulorum, v. g. *Mævius, & Lucius hæredes sunto! si Mævius hæres non erit, Sejus in ipsius partem hæres esto! si verò Lucius non fuerit hæres, Cajus hæres ejus locò esto!* *Manz. hic.*

IV. Denique illi ipsi, qui hæredes instituti sunt, possunt invicem substitui, v. g. *Titius, Sempronius, Flacius hæredes mihi*

mihi sunto, *eosque invicem substituo*. *l. qui plures* 23. & *l. potest*. 36. §. I. *ff. de vulg.* & *pupill. subslit.* aut sic: *Publius*, *Cajus Stichus*, *invicem substituti*, *hæredes mihi sunto*! Ratio autem quare sit liceat substituere, alia dari non potest, quam ex *l. XII. Tab.* desumpta: *Sanciat quisque in rebus suis uti placitum est*! & *pro lege voluntas ejus esto*! *Manz. n.* 5. *hic.*

V. Autem forma substituendi vocatur substitutio *reciproca*, sive *breviloqua*. Ratio: quia vicissitudinaria est, & brevibus verbis coarctata; si enim quis vulgari modô vellet exprimere, deberet ita scribere: *Titius*, *Sempronius*, *Flacius hæredes sunto*! *si Titius hæres non erit*, *sint hæredes Sempronius*, & *Flacius*! *si Flacius hæres non erit*, *sint hæredes Titius*, & *Sempronius*. *Manz. hic.* & *Harp. hic.*

§. Etsi ex 2.

11 Pro intellectu nostri §. casus formari potest talis: *Primus ex* 4. *secundus ex* 6. *tertius ex duabus unciis hæres*, & *sibi invicem substituti sunto*! Jam Q. cùm hi ex disparibus partibus, non factâ ullâ in substitutione partium mentione, unô ex his deficiente, quas partes in substitutione habituri sint? ℞. partes datæ in institutione, censentur repetitæ in substitutione, *text. hic.* & *l. si plures* 24. *ff. h. t.* Unde, si in casu proposito deficiat secundus, habebit primus 4. tertius veró duas uncias Jure substitutionis, non Jure accrescendi, *Schamb. hic.* Modum autem supputandi talem tradit *Manzius*, quòd scilicet illæ unciæ quas, qui deficit, habet, in tot uncias debeant dividi, quot habent reliqui duo; & sic quot uncias habent in institutione, tot habebunt ex substitutione, v. g. testator ita scripsit, primus sit hæres ex una uncia. Secundus ex besse, i. e. 8. unciis. Tertius ex quadrante, i. e. tribus unciis. Jam ponamus! quod tertius deficiat. Quid agendum? deficientis tres unciæ dividit debent in 9. uncias (primus enim, & secundus habent 9. uncias) ex his 9. unciis capiet primus unam unciam, secundus veró 8. uncias, *Manz.* & *Harp hic.*

Quid si secundus deficiat, tunc bes, sive 8. unciæ dividi debent in 4. uncias (quia primus & tertius habent 4. uncias) & ex istis 4. unciis tertius habebit 3. uncias, & primus unam unciam. Quod si iste computandi modus non placeat, habes alium ex *Perez. Inst. hic.* Nimirum totam hæreditatem poteris in tot partes, sive uncias dividere, quot concurrentibus assignatæ sunt. Sic si in casu posito tertius deficiat, hæreditas poterit dividi in 9. uncias, 8. habebit secundus, & primus unam. Vel, si secundus deficiat, poterit hæreditas in 4. partes dividi, & tertius habebit 3. primus autem unam. Pulchrè *Manz. hic.*

§. Sed si 3.

Hujus §. casus talis poterit figurari: 12 testator instituit primum, & secundum hæredes: secundo substituit primum, & primo substituit tertium. Q. *Quid Juris*, *si primus decedat*, & *secundus vivat*? ℞. tunc secundus habebit dimidiam, & tertius dimidiam, *Schneid. hic. sed dissent. Schamb.* qui dicit, quod secundus totam hæreditatem acquirat, dimidiam quidem Jure institutionis, alteram dimidiam Jure accrescendi, adeóque (tenet *Schamb.*) Jus accrescendi esse potius, quam substitutionis; quod quam falsum sit, *infra* declarabimus. Si secundus ante aditam hæreditatem moriatur, primus autem adhuc vivat, quid tunc Juris? ℞. quód tunc primus capiat totam hæreditatem, & quidem semissem ex Jure institutionis alterum veró semissem ex Jure substitutionis; quia alias

testator decederet partim testatus, partim intestatus: & hoc dubium nullum recipit. *Schamb hic.*

Sed quid, si primus etiam moriatur, vel nolit vel non possit adire hæreditatem? Q. an tertius tantùm partem primi, an etiam partem secundi adeòque utramque partem, capiat? Ratio dubitandi est, tertius non sit substitutus secundo, sed duntaxat primo.

R. Tamen, quod tertius utramque partem capiat. Ratio, quia substitutus substituto censetur etiam substitutus instituto, ita *text. hic.* & in *l. si Titius* 27. *ff. h. t. Manz. hic. n.* 4. *Schneid. hic.*

Non obstat *l. qui habebat* 47. *ff. h. t.* ubi testator filiam substituit filio: & filiæ postea uxorem suam; filia prior decedit, deinde filius. Q. utrùm hujus filii hæreditas ad uxorem substitutam, an ad legitimos pertineat? R. pertinere ad legitimos, non ad substitutam; *ergo* decisio nostri §. non subsistit. Hoc (inquam) non obstat: nam substitutio pupillaris, de qua agitur in *cit. l. qui habebat* 47. à vulgari (de qua nos agimus) distinguenda est. In vulgari substitutione tertius ad utramque partem admittitur, ne alias, testatorem pro altera parte testatum pro altera intestatum decedere contingat, contra, *l.* 7. *ff. de R. J.* Quod utique contingeret, si in una parte substitutus ex testamento, in altera legitimus ab intestato succederet. In pupillari verò substitutione duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii. §. 2. *de pupill. subst.* quæ regulam nostram non offendunt. *Harp. hic. num.* 3. *Schamb.* & *Manz. n.* 8.

§. Si servus. 4.

Parum utilitatis continet hic §. ut eum prolixè discutere tædiosum sit, præsertim, cùm utiliora huic titulo adhuc immisceri possint. Proinde pro capiendo hujus §. intellectu, te ad *Manz.* remitto.

13 *Effectus* substitutionis vulgaris varii sunt. I. Quod si hæres institutus hæres non erit, substitutus ad hæreditatem, sibi delatam, admittatur. Duobus autem contingit modis, ut, qui institutus est, hæres non sit, aut, quia non potuit esse hæres, aut, quia noluit esse hæres. *Harp. §.* 1. *h. t. n.* 6.

II. Quòd testamentum assumat vires à substituto, & sic à secundo gradu institutionis; licèt in primo gradu institutionis non habeat vires, *l.* 3. §. *fin. ff. de lib. & posthum.* Ratio: quia iste gradus substitutionis non causatur, nec pendet à primo gradu institutionis, & ejus validitate; imo causatur, & pendet ab ejus invaliditate, & defectu. *d. l.* 3. *fin. Gomez. var. resol. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 14.

III. Quòd ad institutum perveniant tantum bona ipsius testatoris, quæ aliàs ad institutum pervenire debuerint; non autem substitutus succedit in bonis propriis ipsius qui substitutus est, *Schneid pr. Inst. h. t. n.* 12.

IV. Quod vulgaris expressa contineat tacitam pupillarem, uti in *tit. seq.* audiemus. V. Vulgaris substitutio facit de suo, & necessario hærede voluntarium hæredem, veluti filius de Jure Civili est suus, & necessarius hæres sui patris, licet de Jure prætorio habeat beneficium abstinendi. Si tamen pater dederit filiofam. vulgarem substitutum, ita in testamento dicens: *Titium, filium meum, hæredem instituo, & , si is non erit hæres, Cajum ei substituo*: Jam filius est voluntarius hæres, ita, ut non solum de Jure prætorio, sed etiam Civili Jus abstinendi habeat. Ita in terminis *Schneid. num.* 12.

14 *Exspirat* substitutio vulgaris I. adita hæreditate per institutum, *l.* 5. *Cod. de impub.*

impub. subst. Ratio est : quia substitutio vulgaris fit sub conditione, *si hæres non erit*; sed, aditâ hæreditate, deficit conditio, sub qua alter institutus est, ac proinde & ipsa substitutio. *Ita Harp. §. fin. h. t. num.* 17. Ratio alia, quia adita hæreditate, bona ipsius defuncti hæreditaria efficiuntur propria hæreditas, sed proprium patrimonium hæredis, adeóque substitutus hæres esse non potest, quoniam uni testatori duo in solidum hæredes esse nequeunt. *Schneid. prin Inst. h. t. n.* 13. & per aditionem adeó exspirat substitutio vulgaris, ut, si quatuor, vel plures gradus substitutionis essent facti omnes exspirarent per aditionem primi hæredis instituti, *l. si mater.* 33. *§. fin. h. t. Schneid. loc. cit.*

II. Exspirat substitutio vulgaris, si hæres de Jure prætoriô bonorum possessionem secundùm tabulas nactus fuerit: ratio quia bonorum possessores vice hæredum habentur, *l. 2. ff. de bon. poss.* adeoque, sicuti per aditionem exspirat substitutio, ita etiam per bonorum possessionem. *Harp. n.* 35. *hic. Zoes. ff. h. t. n.* 12.

III. Extinguitur substitutio vulgaris, si testator filiis suis, qui liberos non habent, substituat, puta substitutione fidei commissaria, & posteà liberos susceperit. Nec referat, an conditio hæc, *si sine liberis*, addita fuerit nec ne? semper enim præsumptio militat, quód nemo alienam successionem suæ propriæ anteponere velit, *l.* 30. *Cod. de fidei commiss. l.* 6. *Cod. de Instit. & subst. Harp. n.* 37. *hic.* pro coronide,

15 Q. IV. *An substitutio sit potior Jure accrescendi?* resolutivè id *assero* : hoc unico inductus argumento, quia substitutus venit ex expressa voluntate, & dispositione defuncti, conjunctus veró ex tacita, & conjecturata mente defuncti, & legis provisione, nec non suppletione, unde meritó præfertur substitutus; provisio enim hominis tollit provisionem legis, *Zoes. ff. h. t. n.* 5. *Gomez. var. resol. tom.* 1. *c.* 3. *n.* 16. Hæc conclusio adeó vera est, ut procedat, etiamsi substitutio vulgaris sit tacita, adeoque repudiante impubere, admittetur substitutus exclusô cohærede impubere, qui veniret per Jus accrescendi. Ita *probatur* per subtilitatem textûs, *l. fin. Cod. de hæred. inst.* ubi habetur, quod si testator instituit plocium hæredem in parte, & alium in alia parte, & dixit ista verba : *Sempronius Plocii hæres esto*! Ita verba dubia interpretantur in vulgarem substitutionem ut repudiante Plocio, admittatur Sempronius, & præferatur alteri cohæredi. Ita subtiliter *Gomez. loc. cit.*

Dices : in Jure accrescendi inest tacita substitutio vulgaris, quia testator vult, ut, altero repudiante, penes unum maneat hæreditas, illique accrescat : & sic illud Jus accrescendi provenit ex tacita mente defuncti, & legis dispositione; sed etiam substitutio vulgaris tacita venit ex tacita mente defuncti, & dispositione legis, *l.* 4. *ff. h. t.* quomodo *ergo* is, qui venit ex substitutione vulgari tacita præfertur cohæredi, qui venit ex Jure accrescendi, cùm in eo tacita, vulgaris insit, & sic uterque pari Jure gaudeat. Possis hic cum *Accursio* in *l.* 3. *ff. de V. O.* haud inepte exclamare: *miranda Novitas! subtilis subtilitas! quis eam ruminabit?* At (nolim) conclamas, facilé enim enervaveris *vim argumenti*, si R. quod veniens ex substitutione tacita, ideó veniente ex Jure accrescendi præferatur, qui prior venit, ex fortiori & vehementiori voluntate defuncti. I. Quia, cùm testator substitutum non tantùm in bonis pupilli sed etiam suis propriis prætulerit, non est dubitandum, quin multó magis

magis eum in sua sola portione prætulerit. II. Quia cohæres non fuit expressè vocatus in illam partem, quam Jure accrescendi capit, econtrà substitutus in illam partem, in quam ex tacita mente defuncti admittitur, fuit etiam expressè vocatus; *ergò* venit ex fortiori voluntate defuncti. Ita *Gomez. loc. cit.*

TITULUS XVI.

DE PUPILARI SUBSTITUTIONE.

SUMMARIA.

1 *Definitur substitutio pupillaris.*
2 *Quid intersit, an quis succedat ex substitutione vulgari, an pupillari?*
3 *Pupillaris dividitur, in expressam, & tacitam.*
4 *An divisio substitutionis vulgaris in expressam, & tacitam in Jure fundata sit?*
5 *Enumerantur requisita substitutionis pupillaris.*
6 *Quibus liberis rectè fiat?*
7 *Mater non potest liberis pupillariter substituere.*
8 *Secus de Jure Austriaco.*
9 *An nudâ sui hæredis existentiâ tabulæ pupillares confirmentur?*
10 *Recensentur effectus substitutionis pupillaris.*
11 *An pupillaris expressa excludat matrem à legitima?*
12 *Quid sit substitutio exemplaris.*
13 *Quomodo exspiret?*
14 *Datur consilium ad evitandas insidias, quæ pupillo parari possent à substituto.*
15 *Exhæredato an rectè substituatur pupillariter?*
16 *Quot modis pupillariter substitui possit.*
17 *Quibus modis substitutio pupillaris exspiret?*
18 *Quid sit substitutio compendiosa?*

1 EXpositâ natura substitutionis *vulgaris*; sequitur de *pupillari*, quæ *definitur*, quòd sit illa, *quæ fit impuberibus à parentibus, in quorum potestate sunt in casum, quo moriuntur intra pubertatem.* Formula hujus substitutionis proponitur in *princip. hic.* his verbis: *Titius, filius meus, hæres esto! & si filius meus mihi hæres non erit, sive hæres erit, & antequam pubes factus sit, moriatur, tunc Sejus hæres esto!* Ecce! in hac formula duplex est substitutio; prima vulgaris, quæ fit verbis negativis in casum delatæ, & non acquisitæ hæreditatis, *& si filius meus mihi hæres non erit.* Altera pupillaris, qua pater filio in casum acquisitæ hæreditatis verbis affirmativis substituit; *si hæres erit & intra pubertatem decesserit. Perez Inst. h. t.* Et si substitutio vulgaris, ac pupillaris sic conjungantur, dicunt, vocantque esse substitutionem vulgari-pupillarem. Ubi tamen attendi debet, ex qua substitutus admittatur? Nam, si ex vulgari admittitur, h. e. *si filius non erit hæres*, & pubertatem vivendo excesserit, tunc substitutus fit hæres patris; quòd si verò ex pupillari admittatur, h. e. si filius hæres extiterit, & ante pubertatem decesserit, tunc substitutus fit hæres pupilli. Multum autem interest, an substitutus sit hæres patris, an filii; sive, an admittatur ex vulgari an pupillari? Nam si sit hæres filii, tunc non tantum in iis bonis succedit, quæ à Patre, sed etiam, quæ

quæ à matre, à cognatis, vel aliunde ac quisivit, non aliter, ac si ipse filius eum hæredem instituisset; si verò patris sit hæres, tantùm capit bona patris non etiam pupilli. *Princ. Inst. h. t. Manz. n. 16. & seqq. hic*

3 *Dividitur* in *expressam*, & *tacitam*. Expressa est, quæ in expressis verbis generaliter continetur, v. g. *si filius meus mihi hæres non erit, vel erit, sed in impubertate decesserit, Titius hæres esto!* Tacita est, quæ sub expressa vulgari continetur, v. g. si ita pater scribat: *Filius meus hæres esto! & si is hæres non erit, Cajus hæres esto!* Hæc est substitutio vulgaris expressa, quilibet enim sic substituere potest, sed si filius adierit hæreditatem, & intra ætatem pupillarem debitum universæ carnis persolverit, substitutus etiam hoc casu ex tacita pupillari admitteretur; non autem ex vulgari, quia hæc adità hæreditate extincta est; quò autem ex tacita pupillari admittatur, ratio est: quia leges præsumunt, talem fuisse voluntatem testatoris, ut qui filio impuberi substituit in casum vulgarem, *si hæres non erit*, intelligatur etiam substituisse tacitè in casum, *si hæres erit, & nondum pubes factus decesserit. Perez. loc. cit.* & ad *Cod. de impub. & aliis subst. n. 9. & 10. Schneid. hic. n. 4.* Insuper hæc divisio apertè approbatur, *l. Jam hoc Jure. 4. ff. h. t.* his verbis: *Jam hoc Jure utimur, ut, cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius hæres non extiterit, sive extiterit, & impubes decesserit.* Ecce in his verbis: *sive filius hæres non extiterit* (quæ verba continent substitutionem vulgarem) *sive extiterit, & impubes decesserit* (quæ est substitutio pupillaris) apertè ostenditur, quòd vulgaris expressa in se contineat tacitam pupillarem, adeòque substitutio pupillaris rectè & solidè in expressam, & tacitam dividitur. Ita re ipsa docent *Zoes. ff. h. t. n. 19. Fusar. de substitut. q. 28. Menoch. lib. 4. præsumpt. 36. n. 12. Mantic. de conject. ult. volunt. lib. 5. tit. 14. Menoch. consil. 303. n. 22.* & *communiter omnes.* Sed

Q. I. *An etiam illa divisio, quæ substitutio vulgaris divellitur in expressam, & tacitam, authoritate Juris munita sit?* 4 sive an *substitutio pupillaris expressa contineat tacitam vulgarem?* sive (ut magis perspicuè loquar) an substitutio facta in secundum casum, *v. g. Filius meus hæres esto! si hæres erit, & in impubertate decesserit, Cajus hæres esto!* intelligatur etiam facta in primum casum, ita ut substitutus in eo casu admittatur, quo filius hæres non extitit, & ab hæreditate abstinuit.

Negativam sustinet *Anton. Faber decad. 32. error. 10.* ex ratione, quia *d. l. Jam hoc Jure 4.* tantùm constituit hoc, quòd substitutio facta in primum casum, puta, *si filius hæres non erit*, censeatur etiam facta in secundum casum, puta, *si hæres erit, & in impubertate decesserit*; non verò facta in secundum casum, intelligatur facta in primum, prout idipsum verba textûs disertè demonstrant: *sive filius hæres non extiterit, & impubes decesserit.* Porrò quòd substitutio, facta in primum casum, intelligatur etiam facta in secundum, non verò rotâ versâ. Rationem differentiæ præmemoratus *Anton Faber.* hanc assignat, quia, ut substitutio, facta in primum casum, trahatur etiam ad secundum, favor pupilli exigit, ut nimirum hæredem testamentarium habeat; secùs est in casu, quo substitutio in secundum casum facta est, nam, si pupillus ab hæreditate se abstinet, & intra pubertatem non decedit, non militat ampliùs ratio favoris, quia tunc non pupillo, sed patri, utpote ex vul-

gari

gari substitutione substitutus, succedit. Ita subtiliter *Anton. Faber loc. cit.*

Verùm subtilis hæc subtilitas non me movet, quin potiùs statuam, substitutionem, factam in secundum casum, intelligi etiam factam in primum, ideòque substitutionem vulgarem rectè dispesci in expressam, & tacitam. Hanc *Sententiam*, utpote *communiorem* suô dignantur patrociniô *Zoes. ff. loc. cit. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 1. th. 8. lit. F. Hunn. ibid. q. 50. & var. resol. lib. 2. tract. 6. q. 7. Fusar. de substit. q. 24 Mantica de conjectur. ult. vol. lib. 5. tit. n. 2. Men. lib. 4. præsumpt. 43. n. 1.* ubi ait, pro *regula* quasi ab omnibus constitui, pupillarem expressam in se continere vulgarem tacitam.

Probatur hæc *Sententia* per *cit. l. jam 4. ff. h. t.* his verbis: *jam hoc Jure utimur, ut cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur.* En! textus apertè, indistinctè, & generaliter statuit, quòd substitutio, facta in unum casum, censeatur etiam facta in alterum, non proinde attendendum erit, in quem casum testator substituerit; nam si in primum, sive in secundum substitutio facta sit, censetur facta in utrumque casum. Ratio hujus à *Menoch. loc. cit.* adducitur hæc: nam, qua ratione testator voluit hæreditatem suam pervenire ad substitutum mediatâ nempe mediante personâ pupilli cùm hæres hæredis sit testatoris hæres, *l. ult. Cod. de hæred. instit.* eâdem ratione videtur voluisse, quòd hæreditas sua perveniat ad substitutum immediatè, si voluerit succedere ex tacita vulgari; quia immediatè testatori succeditur. *prin. Inst. hic.*

Non *obstat* jactatus à *Fabro* pupilli favor; favorabilior enim foret causa hæredum, ab intestato venientium, ut hi in bona defuncti admitterentur, quàm ut pupillus hæredem testamentarium haberet: adeòque non favor pupilli efficit, ut substitutus in primum casum, intelligatur substitutus in secundum; sed, conjecturata defuncti voluntas, quæ talis esse præsumitur, ut substitutio, in unum casum facta censeatur facta in utrumque.

Nec ad rem facit, *l. 28. de reb. author. jud. possid.* ubi filio impuberi pupillariter substitutum est, & postea pupillus ab hæreditate abstinuit; diciturque in *textu*, nulla mentione facta, an substitutus ex vulgari admitti debeat, bona patris vendita esse, quæ vendi non potuissent sine consensu substituti, si daretur substitutio vulgaris tacita. Siquidem respondetur in *text. d. l. 28.* hoc quæri, quoniam pupillus ab hæreditate abstinuit, substitutus creditoribus paternis respondere teneatur? quæ *quæstio* à nostra toto cœlo diversa est. Deinde haud ineptè ex isto *textu* supponitur, quòd substitutus patris hæreditatem repudiaverit; aliàs sequeretur, nec hæredes ab intestato abstinente pupillo, admitti, nisi fortè in casu *d. l. 28.* etiam repudiârunt hæreditatem, utpote fortassis ære alieno obnoxiam. *Bachov. loc. cit.*

His ita *præmissis* modo ad explicationem nostri principii, propiùs juvabit accessisse. Ex quo *Colliges*, quòd liberis nostris dupliciter substituere possimus.

I. *Vulgariter*, verbis *negativis* in casum *delatæ*, & *non acquisitæ* hæreditatis, hôc modô: *Filius meus mihi hæres esto! & si filius meus mihi hæres non erit, Sejus hæres esto!* Hæc substitutio vulgaris vocatur, quia à quolibet cuilibet sic substitui potest.

II. Possumus iis substituere *pupillariter* verbis *affirmativis* in casum *acquisitæ* hæreditatis, dicendo: *Titius, filius meus, mihi*

mihi hæres esto! & si hæres erit, & prius moriatur, quàm pubes factus sit, tunc Sejus hæres esto! Hoc in casu, licèt alius existat hæres, hæreditatemque adierit; si tamen ante pubertatem moriatur, substitutus ipsi filio hæres fit. *Manz. n.* 1. Ratio est in textu: *nam moribus institutum est, ut cùm ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes ei faciant.* Dicitur autem in textu *moribus*, ut intelligatur non ex *l. XII. Tabb.* hanc substitutionem descendere, sicuti vulgaris; sed consuetudine receptam esse: nam de Jure *XII. Tabb.* nemini licet alienæ familiæ hæredem constituere. *Manz. n.* 3.

5 Porrò, ut substitutio pupillaris suis numeris absolvatur, requiritur I. ut eos liberos, quibus testator pupillariter vult substituere, habeat in potestate patria. *l. 2. ff. h. t. & text. hic.* Ratio: quia hæc substitutio est effectus patriæ potestatis *Manz. num. hic Wesenb. n. 1. Zoes. ff. h. t. n.* 24. *Harp. Inst. hic.*

Illud non *refert.* I. sive liberi sint naturales & legitimi simul, sive legitimi tantùm; quia nimirum transeunt in potestatem adoptantis, veluti adoptati ab ascendente, & arrogati, *l.* 10 §. 6. *ff. h. t.* cùm & hi in potestate habeantur, *l.* 22. §. 1. *ff. de adopt.* illa tamen substitutio, quam arrogator facit, non extenditur, nisi ad legitimam, quam ab arrogante habuit, *d. l.* 10. §. 6. Ratio: quia arrogans impuberem, cautionem præstare debuit, se arrogati proximioribus omnia ejus bona redditurum, si is impubes decesserit, ne aliàs illis fiat injuria per arrogationem. Vide quæ diximus ad § 4 *Inst. de adopt. Perez. ad Cod. de impub. & aliis subst. n.* 12.

Non *refert. II.* sive nati sint sive posthumi, §. 4. *Inst. hic.* sive instituti, sive exhæredati, *d.* §. 4. sive in primo, sive in secundo, veluti nepotes, sive ulteriori gradu, veluti pronepotes constituti, *d. l. 2. ff. h. t. Fusar. de substitut. q.* 118. *n.* 4. *Harp. n.* 5. Quòd ultimum tamen tunc demum procedit, si nepotes, & pronepotes ita sint in potestate substituentis constituti, ut post mortem ejus non sint recasuri in potestatem alterius. *d. l.* 2. Ratio: quia is, in cujus recident potestatem, iis testamentum condere potest, quo Jure sine facto suo non privandus. Unde avus nepoti ex filio non rectè pupillariter substituit vivô adhuc patre. *Manz. n.* 10. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 6. *Zoes. ff. h. t. n.* 26. Ex dictis.

Colliges I. Quòd substitutio pupillaris 6
liberis emancipatis, spuriis, & naturalibus tantùm fieri nequeat: quoniam in potestate patria non existunt. *l.* 65. *ff. h. t. Harp. n.* 6. *Perez. loc. cit. n.* 13. *Mynsing. n.* 5. *Schneid. n.* 8.

Colliges II. Quòd mater liberis suis 7
pupillariter substituere nequeat, *d. l.* 2. quoniam liberos in potestate non habeat, §. 10 *Inst. de Adopt. Perez. d. loc. n.* 11. *Berlic. decis.* 3. *Arumæ. exer.* 8. *th.* 14. *Harp. n.* 7. *Zoes. loc. cit. n.* 19.

Non obstat *l. si mater.* 33. *ff. h. t.* his verbis: *si mater ita testetur, ut filium impuberem, cùm erit annorum* 14. *hæredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi hæres non erit, alium substituat, valet substitutio.* ℞. Enim in *d. l.* 33. matrem non substituisse filio impuberi pupillariter sed vulgariter, prout patet ex ipsis verbis negativis: *si sibi hæres non erit*; quæ verba substitutionem vulgarè important.

Urges in *cit. text. l.* 33. fit mentio tabularum pupillarium. *ergò* facta est substitutio pupillaris. ℞. Ideo fieri mentionem tabularum pupillarium, quia mater in suis testamenti tabulis pupillum sub conditione, si *pubes erit*, hæredem instituit, adeòque istam denuntiationem non

trahunt à substitutione pupillari, sed à persona pupilli, cui vulgaris substitutio facta est, *Clariss. D. D. Franz. n. 2. Harp. n. 7. Zoes. loc. cit. Hunn. var. resol. lib. 2. tract. 6. quæst.* 10. Sanè, si mater sua bona ad substitutum pervenire velit in casu, quo filius intra pubertatem moritur, necesse habet, ut eum fidei-commissô gravet. *Zoes. n. 19. Berlich. dec. 2. n. 4. Struv. exerc. 33. n. 23.*

8 De Jure *Austriaco*, quòd mater filio suo pupillariter substituere possit, ex Schwartzenthaler testatur *Suttinger in M. S. lit. S. v. substitutio*, his verbis: *Von dem* &c. i. e. *Ut de regionis moribus loquamur, inquit Schwartzenthalerus, verum est Testamentorum millia plura in quibus Matres liberis suis pupillariter Substitutos constituerunt, fuisse cùm ab inferioribus tùm ab superioribus Judiciis, publicata, executioni mandata, atque valida mansisse &c.*

II. Sequitur ad substitutionem pupillarem, ut liberi, quibus substituitur, sint impuberes, *text. hic.* & *l. 2. ff. h. t. Zoes. n.* 28. Ratio: quia puberes sibi ipsis testamenta habere possunt. *Manz. n. 9.*

Sanè! si ex statuto, aut loci consuetudine ante 18. vel 22. annum quis testamentum condere nequeat, poterit à patre usque ad illius ætatis annos filio fieri substitutio pupillaris, ut nimirùm ex dispositione patris hæredem habeat, qui sibi ipsi de hærede providere non potest. *Zoes. ff. h. t. n. 29. Vasq. de success. p. 2. §. 14. n. 55.* Sic, cùm nos suprà *tit.* 12. §. 1. dixerimus de Jure Austriaco nemi- nem ante 18. annum testari posse, nullus dubito, quin ad illam usque ætatem substitutio pupillaris rectè fiat. *Walther de Jure consuet. Austr. l. 3. tit. 27. Solche* &c i. e. *Substitutio pupillaris non potest extendi ultra minorennem liberorum ætatem. Quapropter statim atque liberi annum decimum octavum adtigerunt, vel per matrimonium, juxta mores regionis antè illam ætatem emancipati fuere, talis substitutio extinguitur.*

III. Requiritur, ut pater, qui liberis suis testamentum facit, sibi simul testamentum faciat, *d. l. 2. §. 4.* & ut illud valeat, *§. 5. h. t.* Ratio: quia pupillaris substitutio est pars, & sequela paterni testamenti, adeòque principali non subsistente, non potest subsistere accessio. *l. 178. ff. de R. J. Manz. n.* 13. Unde si patris hæreditas non sit adita, evanescit pupillare testamentum *l. 2. §. 1. v. adeò ff. h. t.* Hæreditate enim non aditâ nihil ex his valet, quæ scripta sunt in testamento. *l. 9. ff. de test. ment. tut. l. 181. de R. J. Mynsing. n. 10. Perez. hic. Zoes. n.* 33. Fac proinde, quòd pater filio exhæredato pupillariter substituerit (prout id ipsum potest. *§. 4. h. t.*) & Titium hæredem instituerit; hoc casu, nisi Titius ex testamento paterno adeat hæreditatem, tabulæ pupillares expirant. *Brunnem. in d. l. 2. §. 1.*

Q. II. *An nudâ sui hæredis existentiâ tabulæ pupillares confirmentur*? Ut locus sit substitutioni pupillari, requiritur impuberem hæredem extitisse, & intra pupillarem ætatem decessisse; sit enim substitutio pupillaris his verbis: *Filius meus hæres esto; si filius meus hæres erit, & intra impubertatem decesserit, Sejus hæres esto.* En! ut casus istius substitutionis evenisse dicatur, requiritur, ut filius hæres extiterit, & intra impubertatem decesserit. 9

Verùm fac, filium se hæreditati non immiscuisse; & consequenter hæredem non extitisse, sed ex beneficio Prætoris se se ab hæreditate abstinuisse, & impuberem decessisse. Consurgit quæstio, an, cùm filius sit ipsô Jure hæres, & quidem sine

sine omni suo facto, §. 3. *Inst. de hæred. quæ ab intest. defer.* nudâ sui hæredis existentiâ, sive per hoc, quòd filius sit ipsô Jure hæres, ita confirmentur tabulæ pupillares, ut substitutus ex causa substitutionis hæreditatem adire possit. Quam intricata sit, & confusa hæc controversia, vix est, ut satis exprimam. Ego, ne rei difficultate legentis sensa premam, breviter me expedio, atque fortiter teneo, existentia sui hæredis tabulas pupillares ita confirmare, ut substitutus omnino admittendus sit. Ita tenent Zoes. *ff. h. t. n.* 34. *Perez. ad Cod. de impub. & aliis substit. n.* 20. *Hunn. var. resol. lib.* 2. *tract.* 6. *quæst.* 16. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 12. *th.* 3. *lit. C.*

Ratio sola, sed solida est; quia conditio substitutionis pupillaris est, *Si pupillus hæres*; at verò suus hæres etiam tunc hæres extitisse dicitur, si se abstinuit ab hæreditate. *l. cùm quasi* 30. *ff.* §. 10. *ff. de fidei commiss. libert.* quia ipsô Jure hæres est, *d.* §. *hæred. quæ ab intest. defer.* Et morte patris non tam illi acquiri rerum paternarum dominium, quàm in eum continuari dicitur. *l.* 11. *ff. de lib. & posth.*

Accedit, *l.* 28. *ff. de reb. auth. jud. possid.* ubi quamvis pupillus hæreditate patris abstinuisse proponatur, nihilominus tamen eô intra pubertatem mortuô, substitutus admittitur, & creditoribus paternis tenetur; quòd frustra sanè adderetur, si non in tali casu ex substitutione pupillari substitutus admitteretur. *Perez. loc. cit.*

10 Effectus substitutionis pupillaris est: I. Quod substitutio pupillaris expressa contineat tacitam vulgarem; quemadmodum suprà quæst. 1. ad oculum demonstravimus. II. quòd per pupillarem substitutionem pupillo in pubertate decedenti substitutus succedat in omnibus indistinctè bonis, sive à patre, sive à matre, sive à cognatis, sive à quocunque alio acquisitis, *l.* 10. §. 2. *ff. h. t. l.* 59. *ff. de acquir. hæredit. Perez. ad Cod. d. t. n.* 25. *Schneid. n.* 5. III. quòd pupillaris excludat matrem, & omnes ascendentes per lineam maternam à successione filii *l.* 8. §. 5. *h. t. de inoff. testam. cap.* 1. *de testam. in* 6. *Perez. loc. cit. n.* 28.

Q. II. *An substitutio pupillaris expressa excludat matrem etiam à legitima?* 11

Resolutivè dixeris quòd non, I. quia legitima debetur matri Jure naturali *cap. si pater de testam. in* 6. in verbis: *sive patris Jure naturæ debitæ*; ergò per substitutionem pupillarem ab illa nequit removeri, cùm Jura naturalia sint immutabilia, §. 11. *Inst. de I. N. G. & C.*

Quia filius, si nomine propriô testamentum condat, non potest matrem à legitima excludere. *Nov.* 115. *cap.* 4. ergò neque pater matrem poterit à legitima excludere, si nomine filii testamentum faciat; qui enim aliquid non potest facere per se, multò minùs potest per alium. *l.* 10. *Cod. de hæred. instit.*

III. Quia legitima gravamen non recipit. *l.* 32. *Cod. de inoff. testam.* atqui per substitutionem pupillarem gravaretur in legitima; ergo.

IV. Quia privilegium alicui concessum non debet extendi in præjudicium alterius. *l.* 2. §. 10. & 16. *ff. ne quid in loc. publ.* sed quod pater filio suo pupillariter possit substituere, est privilegium; *ergo* in præjudicium matris extendi non debet

Verùm tenenda est sententia contraria, quam defendunt. *Zoes. ff. h. t. n.* 49. *Perez. Cod. impub. & aliis substit. n.* 29. *Gomez. var. resolut. tom.* 1. *c.* 3. *n.* 7. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *th.* 9. *lit. C. Fach. lib.* 4. *cap.* 41. *Carpz. p.* 3. *const.* 8. *def.* 1. *Menoch. lib.* 4. *præsumpt.* 38. *n.* 29. *Berlich.* 3. *conclus.* 10. *n.* 20.

Nititur I. hæc Sententia. *text. l.* 8. & *l.* 5. *ff. de inoff. testament.* his verbis: *Sed nec impuberis, filii mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit.*

Nititur II. Formali *text. cap. si pater de testam. in* 6. ubi in hæc verba rescribitur: *Licet autem filius testamentò suò matrem portione Jure naturæ debitâ privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest. Nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni potiùs pars est testamenti.* Sanè quid hoc textu illustrius adornari possit, non video: manet proinde vera, & immota nota sententia, ex hac potissimum ratione; quia nimirum in filio impubere cessat ratio impietatis, utpote qui non dicitur testatus esse, sed pater ejus nomine, qui non instituendo, & vocando uxorem, non dicitur contra officium pietatis fecisse.

Ad I. ℞. I. Falsum esse, quòd legitima parentibus de Jure naturæ debeatur *l.* 7. *ff. unde liberi.* ubi dicitur, quòd ratio miserationis parentes ad bona liberorum admittat. ℞. II. Legitimam dupliciter considerari posse I. Ut Jus petendi alimenta II. Ut determinatam legibus portionem. Licet ergò primò sensu spectata, de Jure naturæ dicatur debita, adeòque per substitutionem pupillarem tolli non possit; id tamen nobis nequaquam refragatur: enimverò ipsi nos tenemus, matrem alendam esse à substituto, si se ipsam alere nequeat; sed illud negamus, quòd pater nomine filii impuberis testamentum faciens, teneatur matri relinquere legitimam, quatenus sapit determinatam legibus portionem. Ad II. ℞. quòd illud procedat, & locum habeat, si quis faciat actum pro alio, nomine ejus, vel ex mandato: atqui in nostro casu pater non testatur nomine aut ex mandato filii, sed nomine proprio & ex potestate patria, vigore cujus de bonis filii ita potest testari, ac si de bonis propriis disponeret, in quibus quin matrem præterire possit, non est dubitandum.

Ad III. ℞. Matris legitimam gravari non posse à filio, secùs à patre.

IV. Eodem modò posternitur; nullum enim matri præjudicium fieri dicitur utpote quæ à patre, seu marito suo non est instituenda.

§. Qua Ratione. I.

In hoc §. agitur de substitutione 12 *exemplari*, quæ exinde talis nuncupatur, quia ad similitudinem & exemplum pupillaris est inducta, estque illa, quâ permissum est parentibus, qui mente captos habent filios, vel nepotes, cujuscunque sexûs vel gradûs, etiamsi puberes sint eis ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere, puta, liberos aut fratres, si quos habeant, & his deficientibus extraneos, *text. hic.* & *in l.* 9. *Cod. de impub.* & *aliis substit.*

Dicitur I. *parentibus*, puta, tam matri, quàm patri; non enim consideratur hic patria potestas, sicut in pupillari substitutione, cùm ex ratione humanitatis, & commiserationis inducta sit, quæ ratio non minùs obtinet in parente fœmina, quàm masculo. *Schneid. hic. Perez. loc. cit. n* 33. Quid si uterque parens testatur, & substitutionem exemplarem faciat, tunc dispositio matris in bonis maternis, patris in paternis valitura est, *Zoes. ff. de vulg. & pupill substit. n.* 71. *Perez. d. n.* 38. *Bartol. & Jason. in l.* 43. *ff. h. t.*

Dico II. *certas personas.* Non enim licet testatori indistinctè omnes omninò personas substituere; verùm si mente captus habeat liberos, hos substituat, necesse est, *d. l.* 9 *Cod. h. t.* si liberos non habeat, tunc ejusdem fratres, aut sorores

sorores debet exemplariter substituere. In horum defectu, quas velit, poterit personas substituere. *Manz. hic. n.* 8. *d. l.* 9.

AD ỳ. SIN AUTEM.

13 Finitur exemplaris substitutio I. quando furor vel morbus cessat: tum, quia cessante causâ cessat effectus; tum, quia tunc mente captus sibi ipsi potest facere testamentum. *Manz. hic. n.* 9.

Finitur II. Si filii nascantur ei, cui sic substituitur exemplariter, *Schneid. hic. n.* 15.

III. Si substituentis testamentum corruat, & non adeatur hæreditas, *Zoes. ff. loc. cit. n.* 80.

§. IGITUR. 2.

Quòd si pater filio suo pupillariter substituit. Q. *quot sint testamenta, an unum an duo sint?* ℞. sub distinctione: vel enim consideratur testamentum quoad *causam efficientem, materiam & effectum*: & hoc casu videntur esse duo testamenta; quia, quot sunt personæ, & hæreditates, tot esse videntur testamenta: sed sunt duæ personæ, & duæ hæreditates; *ergò*. Vel consideratur quoad *formam* & *solennitates*, & hoc casu patris, & filii testamentum pro uno habetur, *l.* 20. *ff. h. t.* sic VII. solummodo testes non XIV. requiruntur. *Manz. hic. n.* 3. Item ita una tantùm falcidia de utroque detrahitur. *Harp. n.* 3. *hic.* Item substitutus non potest unam hæreditatem ex testamento pupillari amplecti, & illam ex testamento paterno repudiare, sed utramque aut adire aut repudiare debet, *l.* 10. §. *filio* 2. *ff. h. t. Harp. loc. cit.*

§. SIN AUTEM. 3.

14 Quandoquidem testator formidolosus esse possit, ne à substituto spe hæreditatis obtinendæ, insidiæ struantur impuberi instituto: Ideò *Justinianus* hîc modum præscribit, & ostendit tutissimum consilium ad subterfugiendas insidias quas pupillo metuit. Consilium autem tale est: Pater vulgarem substitutionem palàm & in primis testamenti partibus, ordinare & facere debet hôc modò: *Filius meus hæres esto; si hæres non erit, Cajus hæres esto!* Hoc casu Titius vulgariter substitutus, pupillo insidias struere nequit. Non vivô patre: cùm quid in testamento scriptum sit, ignoret. Non post mortem patris: cùm filio hærede existente, vulgaris substitutio protinus exspiret. Posteà si velit pater filio Titium etiam pupillariter substituere: h. e. in illum casum, quo filius hæres erit, & intra pubertatem moriatur, ut tunc Titius sit hæres, tunc suppediat hoc consilium, ut testator hanc pupillarem substitutionem in inferiori, seu ultimâ principalis testamenti parte scribere, eàmque partem propriô linô, propriàque cerâ consignare, & in priori testamenti parte cavere debeat, ne tabulæ inferiores, sive pupillares aperiantur priùs, quàm pupillus mortuus fuerit. Itaque substitutione pupillari factâ pupillus ab omnibus insidiis tutus erit. Etenim vivô patre, nec quispiam ei insidiabitur, eòquòd testamentum omne adhuc clausum est: neque etiam mortuô patre, quòd tota substitutionis pupillaris ratio ignoretur. *Harp. hic.*

AD ỳ. ILLUD PALAM.

Ex his verbis subseqq. colliges, quòd si hoc consilium observatum non fuerit, testamentum nihilominùs valere, quamvis hoc pupillo valde periculosum sit. *Ratio*: quia *Imperator* hîc nihil præscribit, nisi consilium; consilium autem neminem obligat, vel adstringit, sed cuique liberum est illud sequi, vel non. *Manz. n.* 8.

§. NON

§. Non Solum. 4.

Q. in hoc §. *An pater non solum hæredibus institutis liberis impuberibus pupillariter substituere possit sed etiam exhæredatis?* Ratio dubitandi I. quia, qui non est honoratus, non potest gravari; sed filius exhæredatus non est honoratus, *ergò.* II. Substitutio semper institutionem præsupponit, at exhæredatio institutioni è diametro opponitur. Ergò.

15 Hoc non obstante ℞. *Imperator*, quòd filio exhæredato pater pupillariter rectè substituat, v.g. hôc modô: *Titius hæres esto; Marcus filius meus exhæres esto: quia vitæ meæ struxit insidias; si tamen ante annum XIV. decedat, Sempronius ei hæres esto.* Ratio in promptu est; quia substitutio fit non propter institutionem, sed propter patriam potestatem: atqui non minùs est & mater in potestate, qui exhæredatur, quàm qui instituitur. *Manz. & Harp. hic.*

Ad rationem dubitandi I. ℞. per substitutionem hanc, non gravari filium, sed potiùs honorari: honor enim est, ut is, qui per se hæredem habere nequit, saltem per alium habeat, *l. 24. ff. de acquir. vel amitt. hæred. Schamb. hic.* Ad II. Repono hoc casu substitutionem, exhæredato filio factam, considerari respectu institutionis in prioribus tabulis factæ. Sunt enim quasi duo testamenta, unum patris, alterum filii: fac ergò, quòd in testamento patris extraneus hæres institutus sit, filius verò exhæredatus: hoc casu rectè filio in posterioribus tabulis substituitur; hæc enim substitutio ab institutione priorum tabularum sustinetur. *Harp. hic. n. 3.*

Dices: Talis exhæredato filio substitutus nihil habebit, ergò. ℞. quòd habiturus sit *bona, quæ aliunde vel à matre, vel extraneo*, vel etiam *à patre*, aliò quàm hæredis titulo ad filium pervenerunt, *Schamb. & Manz. hic.*

Ad Vers. Quæcunque.

Quemadmodum in Institutionibus, ita & in substitutionibus posthumus pro jam nato habetur: ut & in omnibus, quæ ad ejus commodum pertinent, *l. 7. l. penult. ff. de stat. hom.* substitutionem autem utilem esse liberis, & ad eorum commodum introductam, in confesso est, *l. 2. l. 43. ff. de vulg. & pupill. subst.* Hinc etiam posthumus substitutum pupillariter habere poterit, si instituatur. *Text. hic. Harp. num. 19.*

§. Liberis. 5.

Hunc §. ut intelligas, repete, quæ in *princ. h. t. ✝. requiritur*, scripsimus.

§. Vel singulis. 6.

Q. hic, *quot liberis substituatur?* ℞. Si plures sint impuberes, vel singulis, vel qui eorum morietur ultimus, substitui potest. Si singulis substitutio sit facta, tum neminem eorum vult intestatum decedere. Si novissimo, tum pater liberos sibi invicem ab intestato succedere, & ultimum testatum mori vult. *text. hic.* & in *l. 37. ff. de vulg. & pupill. substit.*

§. Substituitur. 7.

Q. hic, *quot modis substitutio pupilla-* 16
ris fieri possit? Ad quod ℞. *Imperator* duobus modis; *nominatim* & *generaliter*. Nominatim ita: *Titius filius meus mihi hæres esto! & si hæres erit, & impubes decesserit, Cajus hæres esto!* Generaliter verò sic: *Quisquis mihi hæres erit, etiam filio meo in impubertate decedenti hæres esto* Sed quare traditur hic ista divisio? ℞. ideò: quia substitutio generalis operatur quosdam effectus, quos nominatim facta substitutio non operatur.

Sed

Sed quinam sunt illi effectus? *Imperator* hic tres enumerat. I. Est, quòd filio in impubertate mortuó illi tàtùm succedant, qui sunt scripti hæredes, non etiam horum hæredes: ratio, quia de his testator non sensit. *Harp. n.* 2.

Dices: Hæredis hæres est etiam testatoris hæres, *l. fin. Cod. de hæred. inst.* ergò hæres hæredis scripti etiam succedit pupillo. ℞. *ant.* procedere ubi non singularis erga primum hæredé affectio spectatur, qualis in præsenti casu esse censetur, *Harp. n.* 3. *Manz. num.* 6. ubi adhuc aliter respond.

II. Effectus est, quòd ex institutis hæredibus illi tantùm impuberi succedant, qui extiterunt. Quod, ut planiùs fiat, ponamus hoc exemplum Testator instituit *Petrum* & *Paulum*; deinde dixit: *Quisquis mihi hæres erit, etiam filio meo in impubertate decedenti hæres esto!* Paulus repudiat suam portionem, & testatori non vult hæres existere, posteà autem mortuo impuberi succedere, fortè ideò quia impuberis hæreditas non est ita onerosa, sicut patris. Quæstio est, *an possit impuberi succedere?*

Dixeris, posse; quia fuit hæres scriptus à patre. Sed contrarium statuit hic *Imperator*, & in *l.* 8. §. 1. *ff. de vulg. & subst.* cujus ratio esse videtur: quia beneficio testatoris, & ejus substitutione indign us est, qui propriam ejus hæreditatem, & illi fortè conjuncta onera negligit, & respuit.

Ad rationem dubitandi ℞. licèt hæres scriptus, si tamen verè non fiat hæres, *quod fit aditione hæreditatis*, pro non scripto habetur. Aliud est, si quis nominatim pupillo substitutus fit, tunc enim eveniente casu substitutionis hæreditatem pupilli consequitur, etiamsi paternam repudiaverit, *l.* 10. §. *filio ff. d. t. Manz. n.* 11. Quod procedit, si pupillus se hæreditati paternæ necdum immiscuit: nam si pupillus semel se immiscuit, tunc quia utriusque hæreditas in unam coaluit, verius esse existimo, paternam repudiare non posse. *Schamb. hic.* ℣. *quæres.*

III. Effectus est, quod pro ea parte filio succedant, quà hæredes scripti sunt, quia partes adjectæ in institutione censentur repetitæ in substitutione. Aliud est, si quis nominatim substitutus fuisset; tunc enim virilem, æqualemque partem habiturus esset, non eam, quam in institutione habuit. *Harp. num* 5. *Manz. num.* 14.

§. MASCULO 8.

17 Q. hic, *Quomodo substitutio pupillaris finiatur?* ℞. I. Pubertate, i. e. apud masculos XIV. apud fœminas XII. annó *l.* 14 *ff. h. t.* Ratio: quia tunc ipsimet sibi jam testamentum facere possunt. II. Emancipatione, quia, ut suprà dictum, & mortis, & testamenti conditi tempore requiritur, ut sub potestate is sit, cui hæc substitutio facta est. III. Corruente in totum testamentó paternó; tum enim principali sublató, corruit & accessorium. IV. Si hæreditas ex *testamento paterno non adeatur*, & *institutus sit extraneus.* V. Lapsó tempore, si tempus substitutioni restrinxerit ad pauciores annos, *l.* 23. *ff. eod.* VI. Si substitutus moriatur ante impuberem; quia, cùm nihil adhuc Juris habeat, nihil transmittere potest, *l.* 42. *ff. de A. R. D. Schamb. hic. Schneid. n.* 19. & *seqq.*

§. EXTRANEO FIN.

Licèt filio impuberi, quem in potestate quis habet, ita substituere possit, ut, si hæres extiterit, & intrà pubertatem decesserit, alius sit hæres; attamen extraneo non licet pu pillariter substituere. Neque filio puberi hæredi instituto di-

rectis verbis pupillariter substitu re, dicendo v. g. *Filius meus hæres esto! si hæres erit, & intra XX. annum decesserit, Cajus hæres esto!* Ratio quoad extraneum : quia hæc substitutio pendet ex voluntate patria : ratio quoad puberem, quia pubes ipsi sibi testamentum facere potest, *Manz. num* 3. Dixi *directis verbis*: nam per fidei-commissum id fieri potest. *l.* 41. *§.* 3. *ff. eod.* quô casu detracta Trebelliana reliqua testatoris tantùm, non etiam alia bona ad *fidei-commissarium* pervenient. *d. §.* 3.

Præter recensitos substituendi modos est adhuc una substitutio, quæ dicitur compendiosa, non tam formâ substantiali, quàm accidentali differens ab aliis, continens sub verborum compendio diversas substitutionum species, plura tempora, plurésque ætates, v. g. *Filius meus hæres esto! & quandocunque decesserit, Mævius hæres esto*, ubi comprehendit vulgaris, si filius hæreditati non immiscuerit; & pupillaris, si hæres erit, & impubes decesserit.

T I T U L U S XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMENTUR.

SUMMARIA.

1 *Quando dicatur rumpi testamentum?*
2 *Agnatio alia naturalis, alia civilis.*
3 *Testamentum prius rumpitur per posterius.*
4 *Si posterius sit perfectum.*
5 *Irritum fieri quando testamentum dicatur?*
6 *Item quando injustum?*
7 *An solâ nudâ voluntate testamentum infirmatur?*
8 *An Principem, litis causâ liceat hæredem instituere?*

CONNEXIO.

HUcusque dispeximus, qualiter testamenta fiant; cùm verò nihil sub soletam stabile sit, aut firmum, quin quandoque rumpatur, aut dissolvatur, ideò *Imperator* nunc exponit, quibus modis testamenta ritè facta rursus infirmentur.

§. RUMPITUR. I.

Infirmatur autem testamentum duobus modis: aut enim rumpitur, aut irri- 1 tum constituitur, *princ. hic.* Rumpi dicitur testamentum tunc, cùm in eodem statu manente testatore testamentum vitiatur. Quod fit aut agnatione sui hæredis, aut posteriori testamentó.

Agnatio autem duplex est; alia *Naturalis*, alia *Civilis*. Naturalis est, quan- 2 do post mortem testatoris, vel post absolutum & perfectum testamentum aliquis naturaliter nascitur. *Manz. hic. n.* 2. & quin tali agnatione testamentum rumpatur, dubium nullum recipit, *L.* 1. *l.* 3. *l.* 8. *ff. h. t. Schneid. hic. num.* 10. Quòd si tamen posthumus *in vita testatoris* decedit, non rumpitur testamentum. *l.* 4. *ff. h. t. num. Schneid. hic. num.* 10. Secùs est, si posthumus post mortem testatoris nascatur, & illicò decedat: nam in hoc casu in illo momento, quô natus est, patri hæres existit, & si moriatur, jus quæsitum statim ad hæredes ab intestato transmittit.

Chlug-

Chling. q. 4. h. t. §. Posthumi. 1. de exhæred. lib.

Agnatio civilis illa dicitur, quando testator post factum testamentum acquisivit filium legitimum *h. e.* sibi arrogavit aliquem, aut adoptavit unum ex suis descendentibus, qui in potestatem & familiam adoptantis transit. Nam adoptatus ab extraneo, licet ei *i. e.* adoptanti ab intestato succedat, non tamen tenetur adoptans eum hæredem instituere, *l.* 10. §. *sed ne* 2. *Cod. de adopt.* Ratio est: quia *necessitatem operatur suitas*; atqui extraneus adoptatus non est suus: quia non transit in potestatem adoptantis, §. 2. *Inst. de adopt. ergo. Manz.* §. 5. *n. n.* 21. *de exhæred.*

Jam in hoc §. disponitur, quòd agnatione civili haud aliter, quàm agnatione sui hæredis testamentum rumpatur. Ratio: quia suus hæres, qui se præteritum in testamento reperit, illud agnatione rumpit: atqui is, qui arrogatur, vel ab ascendente adoptatur, suus hæres fit; *ergo* &c.

§. POSTERIORE 2.

3 II. Prius testamentum rumpitur per posterius jure perfectum, & omnibus solemnitatibus instructum. Ratio quia posteriora derogant prioribus. *L. fin. ff. de Const. princip.* & nemo paganus cum duobus testamentis decedere potest, *l.* 7. *ff.*

4 *de R. J.* Debet autem posterius testamentum ritè, & legitimè esse confectum: nam unum quodque eò modò dissolvitur, quo colligatum est. *l.* 35. *de R. J.* Et non præstat impedimentum, quod de Jure non sortitur effectum, *c. non præstat.* 52. *de R. J. in* 6. sed testamentum imperfectum de jure non sortitur effectum, quia nullum est. §. 7. *h. t.* ergò.

Limitatur I. Si id faciat miles. *l.* 36. §. *fin. ff. de testam. milit.* hujus enim prius testamentum per posterius non rumpitur: ratio exceptionis est, quia militi plura testamenta facere, & hæredem ex parte instituere licet, quod pagano non permissum. *Harp. n.* 4.

Limitatur II. Ut per testamentum posterius imperfectum, prius perfectum rumpatur, si in priori extranei hæredes instituti sint, & in posteriori. *Auth. hoc inter. Cod. de testam.* Ratio: quia testamentum parentum inter liberos in suo genere perfectum est, *Schamb. hic.*

AD V. NEC INTEREST.

Quid si ex secundo testamento nullus hæres extiterit, rumpeturne tamé prius? ℞. *Imperator* prius rumpi, sive extiterit aliquis hæres ex secundo, sive non extiterit; Ratio est in textu, quia hoc solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit: deinde *aditio hæreditatis non pertinet ad perfectionem testamenti*, sed tantùm ad *ejus exitum & effectum. Manz. hic. n.* 6. Itaque si institutus in secundo testamento aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adierit, decesserit aut conditio illa, sub qua hæres institutus est, non extiterit, prius testator morietur intestatus. *Manz. & Harp. hic.*

§. SED ETSI. 3.

At quid Juris, si in secundo testamento aliquis hæredem instituat duntaxat in certa aliqua re, puta, *in domo, in fundo Tusculano*, &c. Dixeris nihilominus rumpi testamentum, *text. hic & in l.* 20. *ff. ad SCt. Trebell.* idem enim est, ac si ex tota hæreditate scriptus esset *l.* 10. *ff de hæred. Inst.* cùm *nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere possit.* Quod adeò verum, ut licet in posteriori testamento adjecta sit clausula: *Volo*

 tamen,

tamen, ut prius testamentum valeat: prius tamè per posterius necessariò adhuc rumpatur, *l.* 12. §. *fin ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.*

Verùm ne talis voluntas & clausula omni effectu destituatur, rescripserunt divi Severus & Antonius *in d. l.* 29. *ff. ad SCt. Trebell.* ut valeat per modum fideicomm. ac si testator dixisset: *Rogo autem te, ut hæreditatem restituas hæredi scripto in testamento primo.* Unde hæres iste cogetur hæreditatem restituere hæredi in primo testamento scripto, debetque contentus esse rebus sibi assignatis, aut si eæ quartam hæreditatis non efficiant, deducit quartam Trebellianicam, quæ ex F. C. detrahi solet, uti infra videb. *Manz. & Schamb. hic.* Hactenus de testamento rupto; seq. de irrito.

§. ALIO AUTEM. 4.

5 Irritum fieri dicitur testamentum per capitis diminutionem, quando scilicet testator per conditum testamentum patitur aliquam capitis diminutionem; non solum maximam, ut quando civitatem, & libertatem simul amittit, quia condemnatus est per sententiam ad *mortem naturalem*: sed etiam mediam, quando retentâ libertate civitatem amittit, quia condemnatur ad *mortem civilem, & deportatur.* Ratio, quia res devenit ad eum statum, à quo non potest incipere. i. e. testator in eum statum deductus est, quo non potest facere testamentum. Nam servus, & is, qui civis non est, testari nequeunt, cùm juris civilis communionem non habeant, *Schneid. hic. n.* 7. *Manz ibid.* Minimam capitis diminutionem quod attinet, circa eam tres casus sunt considerandi; videl. *emancipationis, adoptionis, & arrogationis.*

Emancipatione testamentum de bonis castrensibus factum non fit irritum, *l.* 6. §. *ult. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.* Ratio quia etiam ante emancipationem respectu horum bonorum pro patresam. reputabatur, *l.* 2 *ff. ad SCt. Maced.* Adoptione sive ab extraneo, sive ab ascendente factâ testamentum non fit irritum, quia semper de peculio castrensi liberam habet testandi facultatem. *Schneid. hic. n.* 8.

Arrogatione ergò solâ testamentum fit irritum: Ratio dilucida est: quia dando se in arrogationem testator, hon. o sui juris, cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transfert; sicque res eum in casum devenit, à quo incipere non potest. *Harp. n.* 8.

Obj. si aliquis adoptatus sit ab ascendente testamentum de castrensibus factum non rumpitur, licèt familiam mutaverit; ergò etiam arrogati testamentum de castrensibus confectum non rumpetur, licèt mutet familiam ℞ *neg. conseq.* quia arrogatus non dicitur habere castrense peculium, sed quidquid habet, habet Jure propriò & patrocinió propriò, quod in arrogantem transfert.

Dices: Ob furorem, surditatem, & prodigalitatem supervenientem testamenta facta non irritantur, quamvis in eum casum reducantur, à quo non potuere inchoare; *ergo* neque propter supervenientem filiationem. ℞ in priori casu tantum intervenire *impedimentum facti*, in posteriori verò *Juris.* Ea autem, quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt Juris. *Manz. n.* 14.

§. HOC AUTEM. 5.

Pro intellectu hujus §. notandum; 6
quomodò testamentum *injustum, ruptum*, & *irritum* invicem distinguantur. Injustum dicitur testamentum, quod ab initio non valet, quia non jure factum est propter omissas solennitates requisitas. Ruptum verò

verò propriè dicitur, quod ab initio quidem valet, sed ex postfacto infirmatur manente tamen testatore in eodem statu. Irritum verò propriè dicitur, quod etiam ab initio valet, sed ejus vi, ac jus infirmatur propter mutatum testatoris statum, & sic per casum in persona testatoris contingentem ad nihilum reducitur. Dixi *proprie*, quia testamentum injustum etiam subinde irritum vocatur, &c. *Schneid.* §. 4. *n.* 4.

§. NON TAMEN. 6.

Dictum est capitis diminutione testamentum rumpi; sed quid, si capite diminutus recuperat pristinum statum, reconvalescetne testamentum? Sanè de rigore juris civilis non reconvalescit, quia, quod semel evanuit, non ampliùs reconvalescit, & *à privatione ad habitum non datur regressus*, *Manz. n.* 3. De jure tamen prætorio; non per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta per capitis diminutionè sunt irrita facta. §. 6. *h. t.* Nam si debitis solennitatibus constent, & septem signaculis signata sint, & testator tempore mortis iterum civis, suique Juris fuerit, tunc potest scriptus hæres hæreditatem consequi, *per bonorum possessionem secundùm tabulas*. Ratio hujus est in mera æquitate posita, quam prætor semper ob oculos habet. Ratio alia assignatur à *Manz. hic. n.* 4. ubi ait: quòd Prætor duo tempora inquirat, nempe conditi testamenti, & mortis, medium autem non curet, juxta regulam: *Habitis extremis de medio non curatur*. *l.* 6. §. 2. *ff. de hæred. inst.* Ex his ergò deduces, quòd, si civis Romanus testamentum fecerit, posteà autem peregrinus factus sit, ante mortem verò civitatem iterum recuperaverit, & civis factus fuerit. Vel si qui *testamentò factò arrogandum se præbuit*, & postea sui juris iterum factus fuerit, quò, inquam, hoc casu testamentum reconvalescat, & quidem de Jure prætorio. Excipiuntur tamen duo casus, quibus etiam de Jure civili reconvalescit testamentum.

I. Est, quando aliquis captus est ab hostibus, & posteà revertatur, tunc enim propter fictionem juris postliminii, quam jus civile introduxit, reconvalescit testamentum *ipso jure* absque nova testatoris voluntate. Quòd si autem apud hostes decedat, per fictionem legis Corneliæ ejus testamentum conservatur, quæ fingit eò momentò decessisse testatorem, quò captus est. *l.* 5. §. *pen. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.*

II. Casus est, quando maximam vel mediam capitis diminutionem passus, *plenariè* ex indulgentia Principis restituitur, tunc reconvalescit testamentum *ipso Jure*. Ratio quia talis restitutio juris civilis est, & princeps non utitur jure prætoriò. *d. l.* 6. *pen. Schneid. hic. n.* 3. & 4. Multum autem refert, an jure civili, an prætoriò testamentum reconvalescat. Quia si jure civili reconvalescit hæres intra XXX. annos hæreditatem adire potest. *l.* 8. *Cod. de jure delib.* Si verò *jure prætoriò bonorum possessio infra annum agnoscenda est à liberis*, *ab agnatis verò & cognatis infra* 100. *dies. l.* 1. §. *largius. ff. de success. edict.*

Q. III. *An nova voluntatis declaratio requiratur ad hoc, ut reconvalescat testamentum?* R. communiter sub distinctione. Vel enim mutatio status erat voluntaria, veluti quando conditò testamentò se arrogandum dedit; vel necessaria, veluti quando passus est maximam vel mediam capitis diminutionem. Si prius, novam declarationem, vel in codicillis, vel aliis litteris coram V. testibus factam requirunt Si posterius, ipsò jure convalescit testamentum sine nova voluntate. Ratio diffe-

differentiæ quia quando invitus quis mutat statum, non videtur sic mutare voluntatem, sicuti si volens statum mutat. *Perez. Inst. hic. n. 4. hic.*

Hactenus dicta procedunt de testamento scripto, non verò nuncupativo, in quo hæc confirmatio locum non habet, cùm careat solennitate Juris prætorii. *Perez. Inst. hic Schneid. n. 4. hic.*

§. Ex eo. 7.

7 Inquit hic *Imperator*, testamentum jure factum, neque nudâ testatoris voluntate, ut si dicat: *nolo testamentum meum valere*; neque imperfecto posteriori testamento infirmari, *text. hic. & l. 2. ff. de injust. rupt. & irrit. fact. testam.* Ratio quia nudâ & solâ voluntate non conficitur testamentum; *ergò* nec tolli poterit nuda voluntate: naturale enim est, unumquodque eò modò dissolvi, quò colligatum est, *l. 35. ff. de R. J.* Ratio autem, cur testamentum prius jure factum, non infirmetur posteriore, est quia non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, *c. non præstat. de R. J. in 6.* & nihil actum videtur, dum aliquid ex his, quæ ad actûs substantiam pertinent, agendum superest, *l. 11. ff. Cod. de his, quib. ut indig. Manz. num. 5. hic.*

Quòd si voluntati etiam simplici accedat aliquod factum, puta, quia testator *delet*, *incidit*, *cancellat* vel *sigilla revellit*, tunc testamentum infirmatur, cùm in his naturaliter testamentum scriptum constat, *l. 30. Cod. de testam.* Idem est, si testator coram tribus testibus dixerit, se nolle prius testamentum valere, antequam decennium lapsum sit, tunc nudâ hac contrariâ voluntate infirmatur testamentum. *l. 27. Cod. de testam. Manz. n. 9. & Schamb. hic.*

§. Eadem ratione fin.

Pro facilitando hujus §. intellectu, observa I. inter homines frequenter fieri, ut iis, qui sibi ab altero in re aliqua litem timet, aut controversiam, eam data operâ distrahat in potentiorem, ut nimirum causam adversarii duriorem redderet; quòd ipsum cùm Prætori, qui semper æquitatem habet ob oculos, iniquum videretur, ideò edicto proposito vetuit, ne quis judiciis mutandi causâ alienationem faceret, *l. 3. & tot. tit. ff. de alien. jud. mutand. causâ.*

Observa II. Quòd hoc edicto Prætoris non obstante potuerit aliquis in re litigiosa hæredem instituere, vel eam alteri legare, *l. 8. §. 3. ff. eod.* Sed jam

Q. *An liceat principem litis causâ hæredem instituere?* ℞. quòd non. Imperator enim Pertinax constituit, se non admissurum hæreditatem ejus qui litis causâ principem relinquit hæredem. *text. hic.* Hæc enim constitutio non videtur esse extra perfidiam. 8

Sed quid juris si principi in testamento minùs solenni, imperfecto, hæreditas, legatum, aut fideicommissum relictum sit? ℞. neque deberi hæreditatem, neque legatum, neque fidei commissum. *text. hic. in l. 23 ff. de legat. 3. juncta l. 3. Cod. de testam.* tametsi enim princeps solutus sit, *legibus* tamen dicit *se vivere.*

TITULUS

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

SUMMARIA.

1 *Quid ſit querela inofficioſi?*
2 *Quibus competat?*
3 *Fratribus non competit, niſi turpis perſona inſtituta ſit.*
4 *Arrogato an, & quando querela competat?*
5 *Item quando naturalibus tantum?*
6 *Qui legatum ex teſtamento accipit, querelam perdit.*
7 *Limitatur in tutore.*
8 *Secus in advocato.*
9 *Legitima hodie titulo inſtitutionis relinquenda.*
10 *Niſi ſit legitima fratrum.*
11 *Definitur legitima.*
12 *Quanta ſit legitima?*
13 *Quibus debeatur?*
14 *Naturalibus tantum liberis à patre non debetur.*
15 *Secus à matre.*
16 *An Jure naturæ debeatur?*
17 *An ſtatuto, aut conſuetudine tolli poſſit.*
18 *Legitima eſt quota bonorum.*
19 *Diluuntur objectiones.*
20 *Legitima an gravari poſſit?*
21 *An in ea fieri poſſit ſubſtitutio?*
22 *Quo titulo relinqui debeat?*
23 *Ex quibus bonis debeatur?*
24 *An in pecunia numeratæ rectè aſſignetur?*
25 *Legitima non debetur, niſi poſt mortem.*
26 *Quæ imputentur in legitimam?*

TRANSITIO.

VIſo, qualiter ipſo jure ritè facta in- 1
firmentur, ſequitur qualiter per ſententiam & officium judicis mediante querela inofficioſi reſcindantur.

AD PRINCIP.

Quandoquidem frequenter uſuvenit, ut parentes novercalibus delinimentis, & inſtigationibus permoti liberos ſuos *injuſte exhæredent, aut prætereant*, quod *verbum de præteritione materna intellige* quæ tantum facit, quantum exhæredatio patris, *ut dictum §. fin. de exhæred. liberorum.* ideo apprimè neceſſarium fuit, remedio aliquo juris, liberos injuria affectos munire, *l. 2. & 4. ff. de inoff. teſtam.* Quod remedium vocatur *querela inofficioſi teſtamenti*, quaſi contra officium paternum facti, & communiter deſcribitur defuncti accuſator, quaſi à non ſanæ mentis teſtatore contra officium pietatis factum: & petitur, ut teſtamento reſciſſo hæreditas ſcripto hæredi afferatur, & adjudicetur actori tanquam proximo hæredi abinteſtato. *Perez. Inſt. hic.*

§. NON AUTEM. I.

Qu. in hoc §. *quibus querela inofficioſi* 2
teſtamenti competat? & ℞. eam competere non tantum liberis contra teſtamenta parentum, verum etiam vice verſa parentibus contra teſtamenta liberorum, cum iis non minus pie, turbato mortalitatis ordine bona liberorum debeantur quam liberis parentum, ut ſcilicet habeantur aliquod ſuæ orbitatis ſolatium, *l. 15. ff. h. t.*

De

De Jure Austriaco, sive liberi parentes suo silentio præterierint, sive injustè exhæredaverint, hi nullum contra liberorum testamentum habent remedium, cum nec legitima Jure Austriaco parentibus debeatur. *Fünsterwald. l. 2. obs.* 119. *per tot. Sutting. in manuscript. lit. E.* ℣. *Erbschafft in aufsteigender* Linea. *Walter de Jureconsuetud. lib.* 3. *tit.* 4. Quod ipsum, an in principia naturalia non impingat, alibi excutiemus.

AD ℣. SOROR.

3 II. Competit etiam querela inofficiosi testaméti fratribus & sororibus. Intellige *consanguineis* & *germanis*, non vero uterinis, *l.* 27. *Cod. h. t.* Quod procedit, si turpis persona sit instituta, & nulla ingratitudinis vel turpitudinis causa possit fratri imputari. Concordat *Suttinger in manuscript. lit. T.* ℣. Testamentum, illis verbis: *Keiner ist seine Brüder oder Schwestern zu* instituiren *schuldig*; modo non turpem personam instituat.

Dico autem I. *Fratribus & Sororibus.* Excluduntur proinde ulteriores, ut fratrum filii; nam hi testamentum patrui querelare non possunt, *l. fratris* 21. *Cod. h. t.* Dixi II. *Si turpis persona sit instituta*, quales sunt *mimi*, *arenarii*, *meretrices*, *scorta*, *excoriatores equorum*, *lusores*, &c. *Manz. n.* 14. Dixi III. *& nulla ingratitudinis causa*, &c. sunt enim tres causæ, ob quas etiam licet *exhæredare fratrem turpi persona instituta*, quas supra *tit.* 13. enumeravimus.

AD ℣. ULTRA.

Reliqui collaterales, ut jam dixi, hanc querelam non habent; melius proinde faciunt, si se sumptibus inanibus non vexent, cum obtinendæ victoriæ spem nullam habent, *l.* 1. *ff. h. t.* Ratio quia hæc querela aliquo modo odiosa est, accusans testatorem quasi dementiæ, ac proinde non extendenda. *Manz. n.* 20. *hic.*

§. JAM AUTEM.

Q. in hoc §. *quibus liberis detur querela inofficiosi?* ad hoc ℞. *Imperator*, quòd non tantum liberis detur ex justis nuptiis procreatis; sed etiam adoptivis, puta iis, qui ab ascendente adoptati sunt, & in potestatem adoptantis transeunt *Manz. hic.*

Q. An arrogato querela inofficiosi competat, si sine justa causa exhæredatus sit; ℞. si *impubes sit negative*, quia hic ex constitutione, §. 3. *de adopt. l.* 8. §. 15. *ff. h. t. Si pubes sit*, *affirmative*; cum huic aliud remedium nō competat. *Schamb. hic.* 4

Naturalibus liberis tantum contra testamentum patris querela non datur bene vero contra testamentum matris, *l.* 29. §. 1 *ff. h. t.* Ratio quia mater certa est. *Manz. n.* 5. *hic.* posthumis dari querelam, *textus* quidem hic asserit, sed ipsum non est extra dubii aleam, cum de jure novo, si fuerint præteriti, rumpant testamentum, si vero exhæredati, jus dicendi nullum habeant. De quo alibi. 5

AD ℣. SI NULLO.

Querela inofficiosi tunc tantum competit, quando nullo alio jure ad defuncti bona perveniri potest. Hinc, qui aliquo alio jure ad jura defuncti pervenire potest, à querela excluditur; *habito enim remedio ordinario, ad extraordinarium recurrendum non est. l.* 16. *ff. de minor.* sic filius, præteritus à patre, querelam non habet, cum per jus dicendi nullum ei consultum sit. *Schamb. hic.*

§. SED HÆC ITA. 3.

Pro intellectu hujus §. observa, de jure antiquo querelam inofficiosi semper locum

locum habuisse, si filius non habuerit totam & integram legitimam ex testamento relictam. Verùm *Imperator* jus vetus exulare jussit, atque statuit, quòd in casu, quo filio integra legitima relicta non est, cessante querela inofficiosi ad supplementum agere debeat, per actionem, quæ vocatur *condictio ex lege*, *text. in l.* 30. *Cod. h. t.* Concordat *Sutting. loc. cit.* ℣. legitima. *Die Kinder* &c. i. e. *Liberi paternum testamentum* ob non integram legitimam rectam *non possunt evertere sed solum ad supplementum agere.*

§. Si Tutor. 4.

6 Indubitati juris est, eum, qui testamento, in quo præteritus (intellige præteritionem maternam) vel exhæredatus est, legatum accepit, aut quoquo modo, sive facto, sive dicto judicium defuncti agnovit, & comprobavit, ad querelam inofficiosi testamenti amplius aspirare non posse, *text. in l.* 10. *l.* 12. *ff. h. t.* juncta *l.* 9. §. 10. & *l.* 23. §. *pen. ff. eod.* Ratio est, quia quod quis semel approbavit, amplius reprobare non potest. *Harp. hic. n.* 1. Hoc supposito pro captu hujus §. ponitur talis casus: Cornelius fecit testamentum, & legavit Titio pupillo 100. fl. filium autem suum, qui tutor erat Titii, omnino exhæredavit, apposita quidem ingratitudinis causa, sed non probata. Filius tutor Titii sui pupilli nomine ex testamento patris legatum accepit.

Quæstio oritur: *Num possit deinde adhuc suo nomine testamentum querelare?* Ratio dubitandi ex dictis consurgit, quia, qui patris voluntatem semel approbavit, eam postea per querelam inofficiosi evertere, incassum laborat.

7 Sed, hoc non obstante, sancit *Imperator* in nostro §. quòd de inofficioso adhuc agere possit: ratio, quia non agnovit suo nomine, sed alieno, & nomine tutoris neque sibi legatum accepit, sed pupillo, idque ex necessitate officii, quod utique ipsi damnosum esse non debet. *Manz. n.* 5.

Dices: si advocatus nomine tertii, i. e. alieno nomine legatum petiit, non potest ex postfacto contra illud testamentum querelare per, apert. *text. l. fin. ff. h. t.* ergo neque tutor ℟. *neg. conseq.* differentiæ ratio est, quòd advocatus obligatus non sit ex necessitate officii agere, sicut tutor obligatus est. Leges autem magis favent iis, qui coacti munus subeunt, quam qui sponte, *l.* 7. §. 1. *ff. qui satisdar. cog.* Hinc si & advocatus jussu Magistratus patrocinium præstiterit, adhuc querelare poterit, *l.* 5. §. *advocatum. ff. de his, quæ ut indig. Schamb. hic. Manz. n.* 6. *Harp. n.* 6. 8

§. Sed Si. 5.

Casum præced. §. *Imperator hic* invertit. Illo enim superiori §. tutor erat filius exhæredatus, & pupillus erat legatarius. Hoc §. pupillus est filius exhæredatus, & tutor est legatarius. Proinde Q. quid si Titii pupilli pater fecerit testamentum, & Titium exhæredaverit, Sempronio autem tutori scripto aliquid legaverit, deinde vero Sempronius tutor pupilli sui nomine de inofficioso egerit, & succubuerit, potestne tamen tutor Sempronius legatum sibi in eodem testamento relictum petere? Ratio dubitandi: quia qui semel testamentum accusavit quasi inofficiosum, sicque judicium defuncti impugnavit, nec obtinuit, perdit legatum, & fideicommissum in illo relictum, idque quasi indigno ablatum vindicatur fisco, *l.* 8. §. 14 *ff. h. t.* At hac dubitandi ratione non obstante, decidit *Imperator hic*, quod legatum non amittat: ratio, quia officii necessitas, & tutoris industria excusata esse debet, *l.* 22. *ff. de his, quæ ut indig. Harp. hic.* Hodie etiam in

in casu, quo tutor obtinuit pro pupillo, legatum consequitur, rescinditur enim hodie sola institutio, cætera namque firma manent. *Auth. ex Causa Cod. de lib. præter.*

§. Igitur Fin.

9 Olim de jure antiquo legitima potuit relinqui quocunque titulo sive jure Institutionis hæreditario, sive nomine legati, vel fideicommissi, vel ex donatione mortis causa, *text. hic*. Verum hodie de jure novissimo non sufficit filium habere legitimam quocunque titulo, v. g. *donationis*, *legati*, &c. sed debet eam habere jure Institutionis. *Nov.* 115. *c.* 3. quia titulus institutionis est honorabilior titulo legati, vel donati, *l.* 5. §. *sed etsi portio. ff. de legat. præstand.* Item multo quoque utilior est, propter jus accrescendi, nam si filius fuerit institutus & acceperit aliquem cohæredem, si cohæres hæreditatem *repudiat*, *hac accrescit filio*; quod secus foret, si titulo singulari legati scilicet, vel fideicommissi legitimam haberet. *Harp. n.* 5. *hic.* & *Schneid. n.* 4.

Obj. Nov. 18. *cap.* 1. ubi in hæc verba rescribitur: *sive quis institutionis modo, sive legati, sive fideicommissi legitimam liberis reliquerit, non tamen evertit testamentum.* ℟. hanc *Nov.* per alteram *Nov.* 115. *cap.* 3. correctam esse. Prior enim promulgata est anno à partu Redemptoris 536. posterior vero anno 541. *Manz. tract. de testam. tit.* 12. *q.* 13. *n.* 2. De jure Austriaco quid hac in re obtineat, paulo post in fine hujus *tit.* audiemus.

10 Limitantur dicta in legitima fratrum & sororum quæ quoquo modo & titulo recte relinquitur. Ratio quia in *Nov.* 115. tantum de legitima *liberorum* & *parentum correctio habetur*, *non etiam de legitima fratrum*. Correctiones autem utpote odiosæ non facile sunt extendendæ. *Glettle select. quæst. p.* 2. *q.* 10. *n.* 39.

Ad ℣. Quod Autem.

Illud ex hoc ℣. collige, quòd una duntaxat quarta (hodie, quia legitima aucta est, unus triens vel semis) relinqui debeat, sive unus fuerit, sive plures, quibus de inofficioso agere permittitur.

11 Verum hæc ipsa de legitima materia gradum hic sistere, ac prolixiori in ejus explicationem calamo excurrere jubet, tum quod à scientia videatur necessaria, tum quod ab utilitate nulli sit postrema. Itaque concinne dixeris, *quòd legitima sit determinata legibus portionis ab intestato debitæ*, sive ejus quod quid jure legitimæ successionis ab intestato habiturus esset, *l.* 8. *l.* 31. *Cod. h. t. l.* 8. §. 6. *ff. eod. Berlich. conclus.* 11. *part.* 3. *n.* 1. Dicitur *ab intestato debitæ*: quia legitima mensuratur juxta successionem ab intestato, ita ut si quis succedat ab intestato in universam hæreditatem, legitima sit triens, vel semis secundùm quantitatem & multitudinem liberorum totius hæreditatis; si verò quis ex statuto, vel lege municipali ab intestato tantum in medietate hæreditatis succederet, tunc legitima tantum est triens, sive tertia illius mediæ hæreditatis. *Manz. tract. de testament. tit.* 12 *q.* 3 *n.* 8. *Card. Tusch. lit. L. conclus.* 183. *n.* 38. ubi infert, fœminas ex statuto à successione ab intestato exclusas, etiam à legitima removeri.

Opponet: De Jure Austriaco filiæ provinciales patri suo ab intestato non succedunt, nisi in mille; de qua portione si legitima assignanda foret, utique modica nimis futura esset legitima. ℟. ista mille filiabus, nomine legitimæ, assignari, ex legitima autem non constitui iterum legitimam; adeoque regulam memoratam procedere de successione in partem hæreditatis, quæ major est legitimâ.

Quan-

Quanta sit Legitima?

12 Hic jus vetus secernendum est à jure novo. Jure veteri quantitas legitimæ erat quadrans, sive quarta pars hæreditatis, *d. l. 8. §. 6. & 8. ff. h. t. & l. 31. Cod. eod.*

Jure novo aucta est legitima, ac refert, adsintne quatuor liberi, aut pauciores, quam quatuor. Illis debetur triens, sive tertia pars hæreditatis. His semis, sive media pars hæreditatis. *Nov. 18. c. 1.* Quantitas legitimæ his versiculis comprehenditur.

Quatuor aut infra dant natis Jura Trientē.
Semissem vero dant natis quinque vel ultra.
Arbitrium sequitur substantia cætera patris.

Porrò an liberi, qui parentibus non succedunt, in numero liberorum sint censendi ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui succedunt, non hujus loci esse duxi, ne nimium excurram. *Vide Berlich p. 3. conclus. 12. Fach. lib. 4. cont. 31. Zoes. ff. h. t. n. 87. Manz. tit. 12. q. 4. n. 4. Gail. lib. 2. obs. 122. n. 16. Gomez. var. resol. tom. 1. cap. 1. n. 22. Card. Tusch. lit. L. conclus. 208. n. 67. Glettle select. quæst. 10. p. 2. n. 10.*

Quibus Debeatur Legitima?

13 Legitima debetur liberis, *l. 7. ff. de bon. damnat.* Naturalis enim ratio liberis parentum hæreditatem adjicit, & filius dicitur quasi creditor in legitima. *in filium. Cod. famil. hercis.*

Ampliatur, ut procedat tam in masculis, quam in fœminis, quia sublata est omnis in successione sexûs differentia, *l. 4. Cod. de lib. præt.* sive constituti sint in patria potestate, sive emancipati, *l. 15. Cod. de legit. hæred.* sive naturales & legitimi simul, sive legitimi tantùm, *l. 22. ff. de adopt.* Quod tamen procedit secundum distinctionem in *lib. 1. tit. 11. de adopt.* datam: *utrum videlicet ab ascendente, an ab extraneo adoptatus quis sit?* Imò & ingressis monasterium bonorum capax legitima debetur, *l. 56. §. 1. Cod. de Ep. & Clericis.* 14

Sane naturalibus liberis tantum pater legitimam relinquere non tenetur. *Auth. licet. Cod. de natur. lib. Nov. 89. cap. 12. & 15.* & licet filiis, vel filiabus naturalibus ex hæreditate patrum certa portio ab *intestato* debeatur. *d. auth. licet. Cod. de Nat. lib.* & *Nov. 89. cap. 12. & 15.* attamen si pater eos testamento præterierit, petere nihil possunt, *Berlich. conclus. 11. p. 3. n. 6. Hunn. ad Treutl vol. 1. disp. 13. th. 14.* A majoritate rationis legitima non debetur liberis, *ex damnato coitu natis*: puta *adulterinis*, *nefariis*, *sacrilegis*, *&c.* Ratio est (quam ipsam *rationem pro regula & principio* capias velim) quia legitimam metimur in causa testati secundum causam intestati: qui ergo ab intestato non succedit, illi neque debetur legitima. *Manz. loc. cit. tit. 12. q. 1. n. 24.* & qui à successione excluditur, à petitione quoque legitimæ repellitur. *Facch. lib. 7. cap. 46. in fine. Berlich. loc. cit. n. 20.* atqui liberi ex damnato coitu suscepti ab intestato nec patri, nec matri succedunt. *Nov. 89. cap. ult. & auth. ex complexu Cod. de incest. & inut. nupt. Harp. Inst. de success. ab intest n. 346.* Imò nec in testamento hæredes institui, nec iis aliquid legari potest. *Manz. tract. de testament. tit. 6. n. 82. Walter de jure consuet. Aust. lib. 3. tit. 16. v. Zum anderen; ergò* iis, neque à patre, neque à matre debetur legitima. Sed

Q. An idem ratione matris in liberis naturalibus, & spuriis procedat? ℞. *negative.* Mater enim tenetur liberis naturalibus, & spuriis legitimam relinquere, nec potest illos sine justa causa præterire, aut exhæredare. Ratio, quia isti matri

ab intestato succedunt, *l. 2. l. 4. l. 8. ff. unde cognati §. novissime Inst. de SCt. Orf.* ergò ipsis debetur legitima. *Berlich. n* 7. unde cùm spurii matri illustri, extantibus aliis justis liberis non succedant, ideo nec iis à matre legitima debetur. *Merlin. tract. de legit: lib.* I. *tit.* 2. *q.* 4. Nepotibus ab avo tum demum legitima debetur, si pater eorum prius quàm avus decesserit, & hoc in casu agnascuntur avo, h. e. fiunt sui hæredes, adeoque illam portionem, quam pater accepisset, avus iisdem relinquat, necesse est. *Merlin. d. loc. q.* 10. sed quid Juris, Si pater nepotum ab avo fuerit exhæredatus, debeturne legitima nepotibus? ℞. sub distinctione: vel pater nepotum decedit ante testatorem, vel post testatorem. Si prius: tunc nepotes per agnationem rumpunt testamentum, & sic res reducitur ad causam intestati; atque adeo cum ab intestato nepotes succedunt, ideo debetur ipsis legitima ex regula paulo ante tradita. Si posterius, legitima iis non debetur, quia ab intestato non possunt avo succedere, pater enim ipsos præcedit. *Manz. tract. de testament. tit.* 8. *q.* 2. *limit.* 7. *n.* 420. *Gomez. var. resol. tom.* I. *cap.* II. *num.* 21.

Quo Jure Debeatur Legitima?

16 Communem DD. calculum tulit sententia, quæ in hunc modum distinguit: Vel enim per legitimam designatur jus petendi necessaria alimenta, vel determinata legibus portio. Si prius legitima merissima est creatura juris naturalis, *l.* 7. *ff. de bon. damnat. l.* 7. *§ ff. unde liberi. Nov.* I. §. 2. in quibus locis disertè traditur, quod ipsa ratio naturalis, vel ut lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicat liberis: quod parentum hæreditas debeatur liberis secundum naturæ, & parentum commune votum: quod denique secundum ipsam naturam liberi Jus habeant ad legitimam. Et ut brevis sim, alimenta Jure naturæ liberis deberi, apertè sancit, *l.* I. §. 3. *ff. de J. & J.* atqui legitima est surrogata in locum alimentorum. *Nov.* 18. ergo legitima debetur Jure naturali, quatenus alimenta sapit.

Si verò per legitimam designetur determinata legibus portio, fundamentum suum habet in Jure positivo, *l.* 12. *Cod. de legit. hæred. Nov.* 18. *c.* I. *l.* 35. § I. *Cod. de inoff. testam.* Ubi Justinianus expressè testatur, portionem hanc, querelam inofficiosi excludentem, leges, suamque constitutionem definivisse; licèt ergò naturalis ratio, & æquitas suadeat, jubeatque liberis aliquid relinquere; quantum tamen, quo modo, qua forma relinqui debeat, lex civilis definivit. Vide *Manz. tract. de testam. tit.* 12. *q.* 11. *Fach. lib.* 4. *cap.* 32. *Hunn. ad Treutl. vol.* I. *disp.* 13. *th.* II. *q.* 27. *Glettle p.* 2. *q.* 10. *n.* 27. *Mynsing. cent.* 6. *obs.* 44. *Fünsterw. lib.* 2. *obs.* 119.

Ex dictis colliges: legitimam statuto aut consuetudine in totum tolli non posse: quoniam de Jure naturæ, puta, quoad alimenta debetur: statutum autem, vel consuetudo, quæ repugnat juri naturæ, utpote irrationalis non valet, & jura naturalia jure civili tolli non possunt. §. II. *Inst. de J. N. G. & C.* 17

Dices: Per exhæredationem filius in totum excluditur à legitima, & filius ejus, *qui reus est criminis per duellionatus ab universa patris hæreditate removetur. l.* 5. *Cod. ad leg. Jul. Majest.* ergo legitima à Jure civili per statutum, aut consuetudinem in totum tolli potest. ℞. Permultos esse, qui absolute negent antecedens, atque constanter asserant, filio exhæredato, & liberis, quorum pater reus est crimi-

criminis perduellionis, ſaltem alimenta deberi, ne necari videatur, cui alimenta negantur, contra *l. 4. ff. de lib. agnoſcend.* Deinde *tranſeat antecedens*, ea tamê propter non indiſtinctè aſſerendum, legitimam ſtatuto, aut conſuetudine in totum abrogari poſſe, quia hoc tum demum procedit, ſi major ratio naturalis concurret, puta, ne delicta reipubl. nociva, impunita relinquantur, contra *l.* 51. § *æſtimatio, ff. ad leg. Aquil.* & *l.* 95. §. 1. *ff. de ſolut.* Denique non mirum filium exhæredatum & alimentis privari, cum ingratitudo debitùm naturæ tollat, *Nov.* 22. *cap.* 27. dicaturque à ſancto Bernardo, *ventus urens, ſiccans fontem miſericordiæ, rorem pietatis, & fructum gratiæ, panormit. in cap. fin.* ✠ *de donat.*

QUALIS SIT LEGITIMA?

18 Duo veniunt hic in diſceptationem. Unum eſt, *an legitima ſit pars bonorum, an hæreditatis?* Alterum, *an recipiat gravamen nec ne?* Utrumque ex aſſe diſcutere longum foret, & integro tractatu opus eſſet, quod non patitur noſtri inſtituti ratio. Ne tamen noſtram mentém penitus inapertam relinquamus, ℞. legitimam eſſe quotam bonorum, non hæreditatis. Ita *Gail. lib. 2. obſ.* 119. & 120. *Manz. tract. de teſtam. tit.* 13. *q.* 62. *n.* 5. *Berlich. p.* 3. *concl.* 11. *n.* 3. *Menoch. lib.* 4. *præſumpt* 101. *n.* 59. & innumeri alii ab his allegati. Ratio I. quia legitima deducitur deductô ære alieno, & impenſa funeris, *l.* 8. § 9 *ff. de inoffic. teſtament.* atqui illa, quæ dicuntur bona. *l.* 39. §. 1. *ff. de V. S.* ergo legitima eſt quota bonorum.

Ratio II. Quia legitima debet relinqui libera, & ſine omni gravamine, *l. quoniam* 32. *Cod. de inoffic. teſtament.* ergò legitima non eſt pars hæreditatis: hanc enim qui capit, multis oneribus involvitur, nec non commoda ſuſcipit, & incommoda.

Dices: legitima titulo inſtitutionis relinquenda eſt. *Nov.* 115. *cap.* 3. ergo eſt 19
pars hæreditatis; inſtitutio enim tribuit denominationem hæredis, qualem dicere non poſſis; niſi quotam hæreditatis habeat. ℞. I. quòd filius in caſu, quo à patre in re ſingulari, quæ quantitatem legitimæ adæquat, etiam legitimam titulô inſtitutionis accipiat, & tamen non dicitur habere partem hæreditatis, quia omnia onera hæreditaria ſolus cohæres ſuſtinet, & filius eſt inſtar legatarii, *l.* 13. *de hæred. inſt.* ergo licet legitima titulo inſtitutionis relinqui debeat, non tamen exinde ſequitur, legitimam eſſe quotam hæreditatis. ℞. II. Filium in legitima inſtitutum pro hærede habendum eſſe in iis duntaxat, quæ ipſi ſunt utilia; nimirum, ut Jure accreſcendi gaudeat, & titulo hæredis, qui eſt honorabilior, quam titulus legati, inſigniatur: non verò in iis, quæ ipſi ſunt præjudicioſa, puta, ut oneribus hæreditariis ſubjiciatur, ne alias id, quod in ejus favorem eſt introductum, puta, ut legitima titulo inſtitutionis relinquatur, in ejusdem odium retorqueatur.

Inſtabis: Nihil intereſt, ſive *legitimam*, partem hæreditatis, ſive bonorum appelles; ergo de lana caprina diſceptatur: *Antecedens demonſtratur in exemplo.* Pater habet in bonis 1200 fl. & unicum filium, cujus legitima eſt triens, ſeu 400. fl. Jam fac, adeſſe debita 600. fl. ſive modo prius deducatur æs alienum ſive non deducatur, in effectu idem eſt; nam ſi deducatur, & legitima de bonis, qualia dicuntur, quæ ære alieno deducto ſuperſunt, detrahetur, tunc remanent 600. fl. de quibus filius nomine legitimæ deducit 200. fl. & ſic habet partem bonorum; ſi vero æs alienum non deducatur, tunc filius nomine legitimæ recipit 400. fl. & onera pro rata legitimæ ſuſtinet,

 adeoque

adeoque sive habeat partem hæreditatis, sive quotam bonorum, in effectu idem est. ℞. Tametsi quoad quantitatem legitimæ parum referat, num prius æs alienum deducatur, nec ne? & sic sive partem bonorum, sive hæreditatẽ habeat: nihilominus tamen ratione aliorum onerum magis expedit, quotam bonorum habere, quàm hæreditatis, hanc enim qui habet, incrementa, & decrementa recipit, commoda & incommoda sustinet, atque ita omnibus creditoribus tenetur respondere, nec non omnes actiones hæreditarias *active & passive* suscipere. Qui vero quotam bonorum habet, instar legatarii est, adeoque nulla sentit onera *l.* 13. *Cod. de hæred. Inst.*

An legitima gravamen recipiat?

20 Ista quæstio perspicuè decisa est in *l. quoniam* 32. *Cod. de inoff. testament.* ubi expressis terminis sancitur, quòd legitima gravari nequeat, adeoque ei nullum penitùs onus conditionis, modi dilationis, moræ vel alterius gravaminis apponi possit, & si quod adjectum fuerit, rejiciatur ipso Jure, & non appositum adjectumve censeatur, *d. l.* 32. Ratio: quoniam legitima ex providentia legis, non judicio testatoris debetur, & ideo, quem testator non honoravit, non potest onerare, vel gravare, *l.* 22. §. 1. *ff. de adopt. Gail. lib.* 2. *obs.* 19. *n.* 1.

Dixi *ipso Jure*: de Jure enim antiquo is, cui legitima cum gravamine relicta fuit, de inofficioso agere, atque ita testamentum evertere potuit. Hodie verò de Jure novo gravamen legitimæ adjectum qualecunque illud sit, ipso Jure tollitur, & rejicitur, ac non fuisset appositum. *Gail. d. lo.n.* 3. *Gomez. var. resol. vol.* I. *cap.* II. *n.* 24. *Berlich. p.* 3. *Conclus.* 14. *n.* 5. *Manz. loc. cit.* 12. *q.* 44. *n.* 9. Concord. Walter de Jure consuet. Austr. *lib.* 3. *tit.* 20. *Die natürliche Erb-Gebühr-nusz*, &c. i. e. *Quod naturâ hæredibus debetur, seu legitima, relinqui debet liberis sine onere aliquo. Cum autem proprietatem rei uni ex liberis, ejusdemque rei usumfructum ad certum aliquod tempus, Pater dederit, onus hoc legitimam ad tempus gravans frustrà ei imponeretur: adeoque nullius esse vis debet onerosa usus fructus ad dictio. Si tamen Paterfamilias uxori assignaverit usum-fructum usque dum majorennes evadant liberi, hi contra testatoris hacde re voluntatem insurgere nequeunt, ex moribus Provinciæ. Præsertim cum Matri liberorum procurandorum atque educandorum necessitas simul à patre imposita est, idque sine paternorum bonorum imminutione, donec ætatem legitimam assequuti sint liberi. si vero usus-fructus matris produceretur ultra minorennitatis liberorum annos, & ad vitæ matris terminum, locum habere non posset usus-fructus ejusmodi, prætérquam usque ad majorennitatem liberorum.*

Dubitatur: *An in legitima possit fieri substitutio?* ℞. I. Quoad substitutionem pupillarem rem expeditam esse, hanc enim in legitima rectè fieri, apertè sancit, *l.* 8. §. 7. *ff. de inoff. testam.* & *l.* 26. *Cod. eod.* his verbis: *Ex tribus unciis hærede instituto filio intra pubertatis annos directum non inutiliter à patre fieri substitutionem, certum est. Merlin. tract. de legit. lib.* 3. *tit.* 2. *q.* 13. *Gail. lib.* 2. *obs.* 119. *n.* 4. *Manz. tit.* 12. *q.* 45. *n.* I. & 2. *Concord. Walter. loc. cit. Wann aber solche Substitution*, &c. i. e. *Sin vero hæc substitutio ad id tempus solum est constituta quo legitimam ætatem nondum attigit filius atque si decesserit antequam condendi Testamenti facultate gaudeat, stare debet hæc Paterna voluntas, effectumque sortiri.* 21

II. Substitutionem vulgarem in legitima fieri non posse. Ratio sola, sed solida est, quòd hodie omne gravamen, onus,

onus, dilatio, mora, conditio de legitima rejiciantur. *d. l.* 32. Atqui substitutio vulgaris involvit conditionem, puta, *si voluerit; ergo Conc. Walter. loc. cit. &c. Es solle kein Vatter.*

Quô titulô legitima relinquenda.

22 Tametsi legitima inspecto Jure communi titulô Institutionis relinquenda sit, prout suprà ad §. *ult. h. t.* diximus: Secus tamen obtinet de Jure Austriaco, teste Waltero, *cit. loc.* ℣. *Die geschriebene Recht.* His verbis: *Ex setzt gleich* &c. i. e. *Sive Pater liberos instituat hæredes in Testamento suo quantum ad Legitimam, sive in Codicillis Legitimam illis assignet, legati nomine, moribus Provinciæ pariter valet patris dispositio.*

Ex quibus bonis debeatur legitima?

23 Ad propositam quæstionem simpliciter, & generaliter ℞. dicere possis, quòd legitima debeatur ex ipsa substantia patris, prout innuit, *l.* 36. ℣. *repletionem. Cod. h. t.* his verbis: *Repletionem fieri ex ipsa substantia patris.* Verùm enim verò cùm quandoque multa, & varia bona, diversæque qualitatis in substantia patris reperiantur, ideò inquirendum, ex quibus bonis debeatur, & ex quibus non debeatur legitima. Itaque

Certum est I. legitimam non deberi ex bonis primogenituræ subjectis, qualia sunt *Regna, Ducatus, Principatus &c.* Ratio: quia bona primogenituræ subjecta non proveniunt ex substantia patris; ergò primogenitus ea habet præcipua. Ratio alia; ne fiat dismembratio Ducatûs, Marchionatûs, &c. ex quo si legitima deberetur, is intra paucos annos ad nihilum reduceretur. *Manz. tract. de testament. tit.* 12. *q.* 33. *Merlin. tract. de legitima. lib.* 2. *tit.* 1. *q.* 2. *Berlich. p.* 3. *conclus. num.* 23.

Certum est II. Legitimam ex bonis fidei-commisso, vel restitutioni obnoxiis etiam relinquendam non esse. *Ratio est*: quia legitima debetur ex substantia patris. *d. l.* 36. Bona autem fidei-commisso obnoxia non proveniunt ex substantia patris, sed sunt quasi aliena, *auth. res quæ Cod. commun. de legat. Rosenthal. de feud. conclus.* 13. *cap.* 7. *num.* 33. *Fach. lib.* 7. *cont.* 46. *Berlich. loc. cit. num.* 20. 24

Controvertitur: *An legitima in mera pecunia numerata rectè assignetur*? Videtur id affirmandum: quoniam legitima debetur ex substantia patris, *d. l.* 36. *Cod. h. t.* sed pecunia numerata etiam est ex substantia patris, ergò:

Verùm negantium sententia, cui & ego adstipulor, verisimilior, & communior est; tum quia legitima debet assignari in rebus mediocribus, non deterioribus, qualis est pecunia, quæ facilè absumitur: tum quia interest filii potiùs res habere quàm pecuniam, propter justam forsan affectionem, quod res majorum fuerint. *Fach. lib* 4. *q.* 33. *Zoes. num.* 102.

Concordat *Walter. loc. cit. Da etlichen Kindern,* &c. i. e. *Si liberis quibusdam immobilia, aliis verò pecunia numerata loco legitimæ sint assignata, liberi quibus nummi tantummodo sunt contributi, non tenentur incommodo suo pecuniam accipere; singulis namque liberis jus est partem sibi debitam consequendi, tam in immobilibus quam in pecunia patris, pro rata scilicet cujusque portione.*

Quando debeatur legitima?

Dixerint nonnulli, vivô adhuc patre deberi legitimam, eò quòd à patre petierit *portionem substantiæ suæ*, & cum eâ in peregrinas regiones defluxerit. Verùm

rùm cùm non exemplis,sed legibus judicandum sit; ideò,

25 ℞. Et pro regula traditur, quòd legitima filiis non debeatur,nisi post mortem patris. *l.* 1. *§. si impubere.* 11. *ff. de Collat.* Ratio; quia viventis nulla est hæreditas, aut successio.*l.* 1. *ff. de hæred. vel. act. vend.*atque improbum est de viventis hæreditate sollicitum esse. *l.* 2. §. 2. *ff. de vulg.* & *pupill. substit. Manz. tract. de testam. tit.* 12. *q.* 15. *num.* 2. *Berlich. p.* 3. *conclus* 14. *n.* 13. *Mynsing. cent.* 4. *obs.* 25. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 13. *q.* 37. *Gail.* 2. *de pace publ. cap.* 13. *num.* 30. ubi ait, quòd pater possit omnia sua bona in mare projicere, & sic filium suâ legitimâ defraudare.

Ampliatur, ut pater non teneatur filio in vita sua legitimam solvere, etiamsi pater esset prodigus & dilapigator. *Berlich. d. lo. num.* 8. *Vasq. l.* 37. *num.* 1. Ratio est: quia habitò remedio ordinario, non est excurrendum ad extraordinarium. *l.* 16. *ff. minor.* atque in casu, quo pater prodigum agit, aut dilapidatorem, habetur remedium ordinarium, puta,ut ei per Magistratum bonis interdicatur. §. 3. *Inst. de curat.* ergò.

Quæ imputentur in legitimam?

26 Statuenda est hîc regula universalis, ut videlicet ea omnia in legitimam imputentur, quæ ex substantia testatoris purè, & sine gravamine sunt profecta. *l.* 30. & *l.* 36. *Cod.h. t. Glettle p.* 2. *select. quæst.* 10. *n.* 38. In specie in legitimam imputantur,

I. Quæ filio obveniunt titulò institutionis, §. ult. Inst. h. t.

II. Quæ relicta sunt titulò legati aut fideicommissi. d. l. 30. & 36.

Quod ipsum tamen limitatur, si legato, vel fideicommisso mora, onus, dies, conditio, aut aliud gravamen adjectum fuerit; legitima enim purè & sine gravamine est relinquenda, *l.* 32. *Cod. h.t.* adeòque tale legatum in legitimam imputandum non est. *d.* 36. *§. cùm autem. Manz. loc. cit. tit.* 12. *q.* 39. *num.* 6. & 7. III. *Quæ filio donata sunt mortis causâ*; quia donatio mortis causâ legatis exæquata est. *l.* 8. §. 6. *ff. h. t.* IV. *Dos* & *donatio propter nuptias.l.*49. *Cod. h. t.* & *l. ult. Cod. de collat. Zoës. ff. h. t. n.*105. Vide *Manz. loc. cit. q.* 42. V. *donatio inter vivos arg.* §. *fin. Inst. h. t.* ubi quartâ habitâ per donationem inter vivos filius non movet querelam. Verum tenendum est, non imputari donationem inter vivos in legitimam, nisi pater expressè voluerit illam imputari. *l.* 25. *ff. h. t.* & *l.* 35. §.2. *Cod. eod. Zoës. n.*106. *Glettle loc. cit. Manz. d. lo. q.* 41. *per tot.* De fructibus res expedita non est, num imputentur in legitimam? Fac. v. g. Filius institutus est in legitima hæres, & rogatus, ut post certum tempus v. g. *decennium*, vel sub *conditione* restituat hæreditatem Sempronio. Antequam conditio existat, vel tempus restitutionis adveniat, filius multos fructus percepit. Quæstionis est, an illos teneatur imputare in legitimam?

Quidquid fortè inspecto jure Digestorum propugnare possis, de jure Codicis communiter obtinet, fructus in legitimam non imputari. Ratio fundamentalis est: quia *Justinianus* in *l.* 49. ℞. *repletionem* & *auth. novissima Cod. h. t.* vult repletionem legitimæ faciendam esse ex substantia patris; atqui fructus post mortem testatoris percepti non sunt ex substantia patris, nunquam enim patris defuncti fuerunt; ergò. *Zoës. ff. h. t. n.* 107. *Manz. tract. de testam. tit.*12.*q.* 40. *Glettle loc. cit. n.* 39.

An

An ea, *quæ conditionis implendæ causâ filio relicta sunt*, imputentur in legitimam? v. g. Pater instituit filium & Titium hæredem. Titium gravat hâc conditione, si filio centum dederit. *Q. An istos centum filius imputare debeat in legitimam?* R. quòd non: Ratio; quia illa imputantur in legitimam, quæ ex substantia testatoris percipiuntur, *d. l. 36. §. repletionem.* Atqui isti centum non percipiuntur de substantia testatoris, sed Titii; ergò. Vide *Glettle n. 41. Manz. n. 13. & seqq.*

TITULUS XIX.

DE HÆREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA.

SUMMARIA.

1 *Hæres quis dicatur?*
2 *Alius est necessarius.*
3 *Alius suus, & necessarius.*
4 *Alius extraneus.*
5 *Qui triplici tempore debet habere testamenti factionem passivam.*
6 *Suus duntaxat duplici.*
7 *Extraneus dicitur adire hæreditatem: suus verò se immiscere.*
8 *Jus deliberandi quare introductum sit?*
9 *Ad inventarium quid requiratur?*
10 *Quot modis adeatur Hæreditas?*
11 *Vel repudietur?*

CONNEXIO.

1 Multa hucusque diximus de Hæredibus instituendis, exhæredandis, & substituendis. Cum autem hæredes sint differentes, habeantque diversas qualitates; ideò tractatur hic de hæredum qualitate, & differentiâ. Hæres dicitur successor in universum Jus, quod defunctus tempore mortis habuit. Sunt autem triplices hæredes, alii *necessarii tantùm*, alii *sui & necessarii*, *alii extranei. text. in princ. hic.*

§. NECESSARIUS. I.

Necessarii Hæredes sunt servi, à domino hæredes instituti, quia nolint, velint, hæredes esse coguntur, nec habent arbitrium repudiandæ hæreditatis, sed post mortem testatoris protinus liberi, & necessarii hæredes fiunt. Dico, *fiunt: quia aditio est facti, ad quod quis cogi non potest, ne quidem servus à Domino. l. 3. ff. de hæred. Inst.* Tametsi itaque talis hæreditatem non adeat, habetur tamen ipso Jure pro hærede, ac si adivisset, adeòque nolens volens tenetur esse hæres, & hoc favore dominorum introductum est, quibus, si pauperes fuerint, & multo ære alieno obstricti, magno solatio fuit, quòd per institutionem servi *suæ famæ consulere*, & evitare potuerint, ne bona nomine ipsorum dominorum subhastarentur. Quam ignominiosum autem fuerit, alicujus bona *proscribi*, & *subhastari* eleganter Cicero edixit: *Hercule* inquit, *cujus bona ex edicto possidentur, & hujus omnis fama, & existimatio simul cum bonis possidetur.* 2

AD ℣. PRO HOC.

Cum autem æquum sit, ut, qui in uno gravatur, in altero relevetur, *l. 30. ff. de*

de Jurejur. ideò pro hoc incommodo servus duplex commodum consequitur. Unum est *libertas*, quæ inæstimabilis est, omnibusque rebus præstantior. Alterum est, quod res quas *servus post mortem Domini acquisiverit, ab isthac distractione separentur, nec venum eant. Harp. hic.*

§. Sui. 2.

3 Sui & necessarii hæredes sunt, qui in potestate testatoris tempore mortis sunt, eumque proximo gradu contingunt, v. g. filius & filia. Contingere tamen etiam potest, ut nepos neptisque sui necessarii hæredes fiant; si nimirum filius vivo patre desierit suus hæres esse, fortè quia *morte interceptus, aut emancipatus, aut deportatus est*, tunc enim nepos neptisve in locum patris succedunt, & fiunt sui hæredes. *text. hic.*

Dicuntur *sui hæredes*, quia domestici hæredes sunt, & vivô quoque patre quodammodo rerum paternarum domini existimantur, adeoque mortuo patre non dicuntur acquirere dominium, sed *in ipso continuari. l. 11. ff. de liber. & posthum.* Necessarii verò dicuntur, quia omnino servorum instar sive nolint, sive velint, tam ab intestato, quàm ex testamento hæredes fiunt. Ratio est *patria potestas*, quæ olim dominicæ par erat.

Verùm Prætor plenus æquitate removit illam necessitatem, & introduxit in favorè liberorum beneficium *abstinendi*, ita ut hodie ab hæreditate paterna abstinere possint, & hæredes voluntarii sint. Ratio: quia inter duos ingenuos longè melius est defunctum contumeliâ affici, quam vivum; utpote qui injuriam sentit. *Manz. n.* 8.

§. Cæteri. 3.

4 Extranei hæredes sunt, qui tempore mortis non sunt in potestate testatoris patriâ vel Dominicâ, *text. hic.* Illud non refert, sive sanguinis conjunctione testatorem attingant, nec ne. Si licèt emancipatus testatorem sanguinis conjunctione, item filii & filiæ matrem: emancipatus tamen, & filii à matre instituti in censum extraneorum revocantur. Ratio prioris: quia licet emancipatio jura sanguinis non tollat, *§. 11. Inst. de I. N. G. & C.* patriam tamen potestatem extinguit. *§. 6. Inst. quib. mod. pat. potest. toll.* quâ peremptâ Jus etiam suitatis perimitur *§. 3. hic.* Ratio posterioris: quia mater liberos non habet in potestate. *§. 10. Inst. de adopt.*

§. In Extraneis. 4.

Si hæres extraneus instituatur illud potissimum observandum, ut habeat testamenti factionem, non activam, sed passivam, h. e. ut ex alieno testamento aliquid capere possit, licet testamentum facere nequeat. Unde ait hic *Imperator: furiosus, mutus, posthumus, infans, filiusfam. & servus alienus testamenti factionem (puta passivam) habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt.*

Testamenti autem factio passiva cum 5
extraneis hæredibus triplici tempore requiritur. I. *tempore institutionis seu conditi testamenti.* Ratio: ut constiterit institutio. II. *tempore mortis testatoris*; quia tunc testamentum effectum sortitur III. *tempore aditæ hæreditatis*; quia ibi acquiritur hæreditas. De intermediis temporibus, si v. g. institutus post factum testamentum deportetur, & ante mortem restituatur, curandum non est: ratio, quia medii non habetur ratio, modò de extremis constet; & inhabilitas medii temporis non curatur, si extrema sint habilia. *Manz. n.* 13. & 14. Dicta procedunt

dunt de hærede extraneo, in hærede enim
6 suo sufficit duobus temporibus, testamenti factionem passivam habere. I. *tempore conditi testamenti*, & II. *tempore mortis*; Ratio: quia suus ipso jure statim post mortem testatoris hæres existit, citra ullum factum aditionis. *Harp. hic. n.* 7.

§. Extraneis. 5.

7 Pro intellectu hujus §. & meliori loquendi modo observa: quòd extranei hæredes dicantur *adire & repudiare hæreditatem*: *sui vero se immiscere, & abstinere*. Nam adire propriè est ad aliud ire, unde cùm sui hæredes non vadant ad aliud, quia jam vivô patre bonorum paternorum quasi domini sunt, *l.* 11. *ff. de liber. & posth.* non dicuntur adire, sed se immiscere, *Schneid. n.* 3. hoc supposito in viam redeo: & cùm is, qui hæreditatem semel adiit, vel ei se immiscuit, postea relinquendæ ejus facultatem ampliùs non habeat. *l.* 4. *Cod. repud. de hæred.* nisi fortè minor 25. annis fuerit, cui ob infirmum ætatis consilium prætor per restitutionem in integrum succurrit, sicut & præcipuè militi, quia armis magis, quàm Jura scit, *l. fin. Cod de Jure delib.* cùm, inquam, postea hæreditatis relinquendæ facultatem non habeat, ne quis temere adeundo eam sibi præjudicet, data fuit succedentibus sive ex testamento, sive ab intestato extraneis hæredibus de adeundo, vel non adeundo, deliberandi potestas, ut priùs benè perlustrent, ac perpendat hæreditatem adire, nec ne? Dixi autem *extraneis hæredibus*? sui enim de Jure civili non habent tempus deliberandi, quia necessarii hæredes sunt, sive velint, sive nolint. Dixi iterum de jure prætorio datur ipsis beneficium abstinendi, consequenter & deliberandi se paternæ hæreditati immiscere velint, *Harp. n.* 4. Olim hoc tempus deliberandi usque ad annum, ex quo hæreditatem sibi delatam agnovisset, duravit. *l.* 19. *Cod. d. t.* Hodie autem id limitatum per *l. fin. §. sed quia quidem, Cod. eod.* quæ lex indulget volentibus deliberationem petere à principe *annum integrum*. Ab inferioribus verò 9. menses. Lapso hoc tempore habetur deliberans, prout ipsi est deterius vel pro adeunte, vel pro repudiante, *l. fin. §. pen. Cod. d. t. Schamb. & Schneid. num.* 10.

§. Sed Nostra. 6.

Quoniam per beneficium deliberandi 8
hæredi non sat consultum erat, ideò *Justinianus* remedium adhuc utilius, & tutius invenit, beneficium scilicet inventarii, de quo quidem hic mentionem non facit, sed nos ad constitutionem suam remittit, quæ continetur in *fin. Cod. de Jure deliberandi*. Et in compendio hoc continet, si hæres dubitat, utrùm adeunda sit hæreditas, nec ne, potest intrepidè adire, vel se immiscere sine periculo, *d. l. fin.* §. 2. dummodò conficiat inventarium, & describat in eo omnia bona defuncti, adhibitis solennitatibus in cit. Constitutione requisitis, *Manz. num.* 4. & 5. Quæ ipsæ solennitates ferè omnes ab usu recesserunt, ita, ut circa inventariorum confectionem, locorum consuetudines inspicere necesse sit. De Jure 9
Austriaco requiritur I. ut intra 30. dies post apertum testamentum inventarii initium fiat. II. ad ejusdem confectionem à Magistratu decernantur authentici Commissarii. III. Citentur proximi agnati *Walter lib. 3. tit. 34. de Jure consuet. Austriac. In Auffrichtung eines Inventarii solle von Stund an, nach dem Dreissigsten beschehen, und darzu unpartheyische* Commissarii *von der Obrigkeit verordnet, auch denen nächsten Befreunden darzu verkündet werden.*

Item wann man, &c. i. e. *Item cum ad Inventarii confectionem proceditur, bona omnia, Immobilia & Mobilia, litterisque scriptisve comprehensa, & quicquid praterea ad hæreditatem pertinet, ordine describi: si quid vero vel consilio, vel ignorantia fuerit omissum, creditoribus, & etiam aliis quorum interest, omnino jus est, hac ut edantur petendi; ita ut si negares hæres, Creditores & illi quorum interest, ad probandam omissionem admitti debeant: plane ut possint Testatoris familia, vel servi rerum domini sui plurimum haud ignari, testimonium compellere judicis auctoritate. Quod sin per alios rem probare nequeunt, Hæres ipsemet juratus audiri potest.* Concordat quoad delationem juramenti *Sutting. in manuscript. lit. I. v. Inventarii beneficium. Wann ein Gerichtliches*, &c. i. e. *Cum juridicum Inventarium factum est, nec tamen omnia ibi comparent, neganti accuratum esse inventarium, incumbit omissa manifestare juramento.*

Effectus inventarii confecti occurrunt varii.

I. Est, quòd hæres creditoribus ultra vires hæreditarias, non teneatur. *text. hic. & in d. l. ult.* Concordat *Sutting. loc. cit.* his verbis; *Ein Erb*, cum beneficio legis, ac inventarii, non tenetur sustinere onera hæreditaria, sed solummodò creditoribus juxta facultates hæreditatis paternæ, exceptis bonis feudalibus, satisfacere tenetur.

II. Effectus est, quòd pendente inventarii confectione hæres non possit conveniri à creditoribus defuncti, *d. l. ult. §. 11.* III. Quòd creditores compellere possit res hæreditarias in solutum accipere, neque teneatur de earum evictione, *d. l. ult. §. 6. Harp. Inst. hic. num.* 10. Contra si hæres *omisso Inventario* hæreditatem adierit, tenetur tam creditoribus, quàm legatariis, & fidei commissariis in solidum, etiam ultra vires hæreditarias, frustra allegans in hæreditate nihil esse. *Novell.* 1. §. *si verò non fecerit. Zoës. ff. de Jure delib. n.* 13. Ratio: quia Jura præsumunt hæredem, qui non confectò inventariò hæreditatem adiit, in dolo fuisse, quasi clàm aliquid subripuerit, & in bonis defuncti malignè versatus sit, *d. Nov.* 1. §. *in prin.* quæ ipsa *præsumptio est Juris & de jure*, non admittens probationem in contrarium. *d. Nov. cap.* 2. *& l. ult. Cod. de jure delib.* Concordat Jus Austr. *teste Sutting. in manuscrip. lit. I. Inventarium, & Walter. lib.* 3. *tit.* 38. ibi: *Wann sich einer* &c. i. e. *Cum quis sine beneficio legis & inventarii, hæreditati se immiscet, debitis omnibus, oneribusque subjacet, iis etiam satisfacere tenetur, non tantum pro viribus hæreditatis, sed & ex aliis suis bonis plene exsolvere.*

§. ITEM EXTRANEUS FIN.

Quandoquidem diximus, hæreditatem semel aditam dimitti non ampliùs posse; ideò nunc. Q. *Quando & quot modis dicatur aliquis adivisse?* ℞. *Imperator*, duobus modis aliquem dici hæreditatem adiisse: *verbò & factò*; verbò, h. e. solò animô, nudâque voluntate declarata verbis: *ut si dicat, se velle adire*, se velle hæredem esse: Factò, quando quis *se pro hærede gerit.* Pro hærede autem se gerere dicitur, qui rebus hæreditariis tanquam dominus utitur, vel prædia colit vel locat ædes, vel alia facit, quæ domino conveniunt, dummodo sciat eum, in cujus bonis pro hærede se gerit, testatum intestatumve obiisse, & se hæredem esse. *l.* 19. *ff h. t. Schamb. hic.* Concord. *Walt. loc. cit. tit.* 35. *Die Antrettung*, &c. i. e. *Aditio hæreditatis fit facto: cum quis bona hæreditaria contrectat, nempe solvendo creditoribus, vel debita exigendo, vel construendo, cedendo, locando, vendendo, hypothecam constituendo &c.*

Ex

Ex dictis colligitur, quòd ad hæreditatis aditionem requiratur animus, quem cùm etiam mutus, & surdus habere possunt, & hi adire *l. 5. ff. de acq. hæred.* modò intelligant, quid agant, ac sufficienter consensum suum indicent, nam aditio hæreditatis non requirit ampliùs hodiè verba solennia, sicut olim. *Perez. Inst. hic.* Furiosus, cùm non intelligat, quid agat, hæreditatem per procuratorem rectè adit *l. 36 ff. de acq. vel amitt. hæred.* Quod respectu furiosi utilitatis, & quasi pietatis causâ, ne afflicto addatur afflictio, receptum est; enim verò per procuratorem regulariter hæreditas acquiri non potest. *Manz. §. 4. Inst. h. t. n. 20.*

11 Sicut autem verbô aut factô hæreditas acquiritur, ita etiam contrariâ voluntate, verbô vel factô declaratâ, mox repudiatur. *l. 95. ff. h. t.* unumquodque enim eò modò tollitur, quô colligatum. Verbô autem repudiatur; si dicat, *nolo adire hæreditatem.* Factô, si *in alium transfert hæreditatem.* Item si præteritus, aut exhæredatus ab hærede institúto scienter rem hæreditariam emat, vel ei ut hæredi solvat, quod testatori debebat. *l. 23. §. 1. ff. de inoff. testament. Schamb. hic.*

Effectus repudiationis est, quòd ampliùs ad adeundam hæreditatem non admittatur. Ratio: quia alteri jam Jus quæsitum, quod illi facto repudiantis auferri non debet, & sicut hæreditas semel adita ampliùs repudiari nequit, ita hæreditas semel ab extraneo repudiata ampliùs adiri non potest, imputet enim sibi, qui rem non meliùs perpendit. *Manz. n. 22* Minori tamen per restitutionem succurritur. *l. 6. Cod. de repud. hæred.* Item suus hæres: licèt sese avitâ vel paternâ hæreditate abstinuerit, potest tamen NB. *donec res paternæ in eodem statu permanent.* h. e. non alienatæ sunt, *intra triennium & hæreditati se immiscere, d. l. 6. quod singulariter suo hæredi datum. Manz. num. 24. & Schamb. hic. in fine.*

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

SUMMARIA.

1 *Definitur legatum.*
2 *Quomodo differat ab hæreditate?*
3 *Quales, & quot actiones pro consequendo legato competant?*
4 *Hodie legata, & fideicommissa exæquata sunt.*
5 *An res hæredis legari possit?*
6 *An aliena?*
7 *An valeat legatum, si res non sit in commercio legatarii?*
8 *An res pignori data rectè legatur?*
9 *Quid juris, si res aliena legata sit, cujus legatarius non vivo testatore est factus dominus?*
10 *Quid sit jus accrescendi?*
11 *Quando locum habeat?*
12 *Quid & quotuplex sit conjunctio?*
13 *Res propria legari potest.*
14 *Quid Juris, si quis putet, rem, quam legat, esse alienam, quæ tamen sit sua?*
15 *Quid Juris, si rem legatam alienaverit?*
16 *Vel oppigneraverit?*
17 *An debitum debitori rectè legetur?*
18 *An dos mulieri legari possit?*

19 *Si res legata pereat, cui pereat?*
20 *Si ex pluribus rebus una legata pereat, quid Juris?*
21 *Quid intersit, an quis fundum instructum, an cum instrumentis legaverit?*
22 *Si grex ovium legatus sit, an una ovis debeatur?*
23 *Quid sit cedere, quid venire diem?*
24 *An res etiam incorporales rectè legentur?*
25 *Quid sit legatum generis, & quotuplex sit genus?*
26 *Quid Juris legato optionis?*
27 *Quibus legari possit?*
28 *An incertæ personæ legari possit?*
29 *An posthumo?*
30 *An legatum valeat si testator erraverit in nomine, cognomine, vel agnomine?*
31 *An falsa demonstratio vitiet legatum?*
32 *An falsa causa?*
33 *An pœnæ nomine legari possit?*

TRANSITIO.

POsset videri *hic Titulus* impertinenter huc esse collocatus: quia versamur in modis acquirendi dominii per universitatem, legata autem, & fideicommissa acquiruntur nobis non per universitatem, sed ut res singulæ, ut proinde *iste tit.* statim post *tit.* de donationibus fuisset collocandus. Verùm enim verò cum hactenus de testamentis *Imperator* egerit, non sine causa nunc de legatis agit, quia legata sunt pars quædam testamenti & velut accessorium; pars autem sequitur suum totum, *l. 44. ff. de R. V.* sicut accessorium suum principale. *cap. 42. de R. J. in 6. Manz. hic.*

§. LEGATUM. 1.

1 *Legatum est donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda, text. hic.*

Dicitur I. *donatio*: quia ex liberalitate, & munificentia proficiscitur. *l. 1. ff. de donat.* & nullum onus, aut incommodum, sed lucrum duntaxat, ut pura donatio, in se continet. *§. 6. h. t.* quia in re differt legatum ab hæreditate, quæ & lucrum & onus habet, sicut & bonorum possessio, *d. l. 32. ff. mandati.* & *l. 118. ff. de. V. S.* Dicitur II. *quædam*; quâ particulâ significatur, legatum esse quidem donationis speciem, sed tamen propriè non esse donationem; quia, ut patebit, ab omnibus donationis speciebus distincta est: etenim ad donationem requiritur acceptatio alterius, i. e. donatarii, legatum autem sola testatoris voluntate constat. *Schamb. hic.* 2

Dicitur III. *à defuncto relicta*, per quas particulas à donatione inter vivos distinguitur, quæ non à defuncto relinquitur; differt autem adhuc etiam à donatione inter vivos, quia hæc semel perfecta, temerè, hoc est, sine justa causa ingratitudinis revocari non potest: ut dictum suprà *tit. de donat.* Deinde discrepat à donatione mortis causâ, quòd hæc in præsentem, legatum verò & in absentem fiat, *Harp. hic. n. 7. & 8.* Dicitur IV. *ab Hærede præstanda*, ut pateat, quòd legatarius non possit propriâ authoritate rem occupare, sed petere eam debeat ab hærede, *l. 1. ff. de Legat.*

§. Sed olim. 2.

Olim quatuor modis legata relinqui solebant, scilicet per *vindicationem* his verbis: *do, lego: capito, sumito, &c.* quo genere legari tantùm poterant res, quæ testatoris erant tempore mortis & conditi testamenti. *Per damnationem* his verbis: *hæres meus damnas esto dare; dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Quo genere res omnes tam propriæ, quàm alienæ legari poterant. *Sinendi modo*

modo his verbis: *hæres meus damnas esto sinere, vel sinito eum rem illam sumere, sibique habere*: quo genere legabantur res propriæ testatoris, & hæredis. *Per præceptionem* hoc modò non legabatur, nisi hæredibus scriptis, ex parte, hôc modô: *illam hæc præcipito*, quasi præ reliquis capito! v. g. *primus* & *secundus hæres sunto*: *secundus autem præcipuum habeat fundum Cornelianum. Schamb.* & *Perez. hic.* Sed Hæc IV. legatorum genera unà cum solennitatibus verborum exoleverunt, & unam naturam legatorum constituit *text. hic.* Pro legato autem consequendo tres actiones competunt, nimirum: *Rei vindicatio*, *actio personalis ex testamento*, & *hypothecaria*, quarum tamen nulla intentari potest, nisi aditâ hæreditate: nam si ex testamento hæreditas non sit adita, legata corruunt. *l.* 21. *ff. de Fidei-commiss. l.* 181. *ff. de R. J. Schneid. n.* 12. Ratio, cur detur rei vindicatio, est; quia domino datur adversùs eum, qui rem possidet; sed legatarius statim testatore mortuô fit dominus rei legatæ, *l. un.* §. 1. *Cod. de Caduc. toll.* ergò legatario statim à morte testatoris datur rei vindicatio tam contra hæredem quàm omnes alios possessores. Ad hoc autem ut rei vindicatio competat, requiritur. I. quòd legatum consistat in specie, non in genere, vel quantitate; nec sit alternativum, quia aliàs propter incertitudinem non transfertur dominium, nisi factâ declaratione. 84. §. *Stichum ff. de legat.* II. Quòd res sit testatoris, non hæredis, nec alienæ rei dominium testator, quod non habet, transferre potest. *l. nemo plus juris*, 53. *ff. de R. J. Schneid. n.* 20. & *Chling. q.* 3. *ob.* 2. & 3. *h. t.*

Ratio, cur detur actio personalis ex testamento contra hæredem, est ista: quia actio personalis datur contra eum, qui nobis est obligatus: atqui hæres est legatario obligatus ex quasi contractu; quia hæres adeundo hæreditatem dicitur cum creditoribus & legatariis quasi contrahere. §. *hæres.* 5. *de Oblig. quæ ex quasi-contractu. Manz. n.* 18. Datur hæc actio tum maximè, quando legata est quantitas, vel res aliena, tum enim rei vindicatio, uti dictum, non competit. Illud non refert, legatumne in testamento, an codicillis relictum sit? nam si in Codicillis ab intestato factis legatum relictum sit, utilis saltem actio personalis ex testamento locum habet. *Schneid. n.* 16.

Ratio, quare actio hypothecaria competat, est: quia legatario pro legato universa defuncti bona tacitè per legem obligata, & oppignerata sunt, donec legatum solvatur. *l.* 1. *Cod. commun. de legat. Manz. n.* 19. tres ergo legatario pro legato consequendo actiones applicantur *realis*, *personalis* & *hypothecaria*: non tamen cumulativè competunt, h. e. omnes tres simul in eodem libello cumulari nequeunt, dantur enim *electivè*, h. e. hæres ex iis unam eligere debet, quâ legatum petat. *l.* 76. §. 8. *ff. de legat. Manz. n.* 20. & *communiter omnes.*

Dices I. Quando quis est rei alicujus dominus, tunc is non potest agere actione personali; atqui legatarius est rei legatæ dominus juxta dicta, ergo R. I. *dist. maj.* quando quis est rei alicujus dominus naturalis & civilis simul, *con. maj.* tantum civilis, sicut legatarius, *neg. maj.* R. II posse etiam dominum instituere actionem personalem ad possessione obtinendam. Licèt enim legatarius fiat dominus, saltem ab adita hæreditate, possessionem tamen non consequitur, quam proinde actione personali persequi poterit. *Schamb. hic.*

Dices II. Traditionibus, non nudis pactis transferuntur rerum dominia, *l.* 20.

20. *Cod. de pact.* ergò legatarius non fit statim dominus post mortem ante traditionem, per consequens rei vindicationem habere non potest. ℞ per fictionem juris in legatarium transferri dominium; fictio autem tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero. *Manz. n.* 29. & 30.

Dices: Saltem non dabitur actio hypothecaria: nam si legatarius rei legatæ dominus est, quomodo res ei erit obligata, cum rei propriæ non consistat pignus? ℞. ipsam rem, quæ legata est, utpote propriam legatarii nexu Pignoris non obstringi, sed reliqua defuncti bona *Harp. n.* 20. *Chling. q.* 4.

Permultæ olim erant inter legata & fidei-commissa differentiæ. I. Legata non poterant relinqui nisi testamentô, aut Codicillis testamentô confirmatis, §. 10. *Inst. de fidei-commiss. hæreditat.* fidei-commissa verò tam ex testamento, quàm ab intestato relinquuntur. II. Post mortem hæredis vel legatarii inutiliter legabantur: secùs in fidei-commisso. §. 35. *Inst. eod.* III. à legatario non poterat relinqui legatum: Poterat tamen fidei-commissum. IV. Non poterant relinqui legata ante hæredis institutionem, poterant tamen fidei-commissa. V. Legata strictè interpretanda erant, fidei-commissa verò pinguiorem naturam habebant. *Schamb. hic. Harp. n.* 1.

4 Verùm istas & id genus differentias *Justinianus* sustulit, & legata fidei-commissis per omnia & in omnibus reciprocè exæquavit: in tantum, ut, quod legatis tribuitur, idem tribuatur fidei-commissis, & vicissim. *Hic.* & *l.* 1. *Cod. commun. de Legat.*

Ob. l. 1. *ff. de legat.* 1. in qua Ulpianus ait: *per omnia exæquata sunt legata fidei-commissis*; ergò ista exæquatio Ulpiano, non Justiniano attribuenda. ℞. I. Ulpianum loqui de exæquatione quoad deductionem quartæ falcidiæ; quæ sicut ab initio obtinuit in legatis, ità etiam per SCtum Pegasianum extensa fuit ad fidei-commissa. ℞. II. Quosdam non malè conjecturare, *ly per omnia*, ex posterioribus Juribus à Triboniano ad *d. l.* 2. esse adjectum; maximè cùm *d. l.* ferè biennio ante editionem Pandectarum evulgata sit. Et Justinianus compilatoribus hanc potestatem dederit, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam, & detrahere scriptis veterum possent. *l.* 1. *Cod. de vet. Jur. enucl. Schamb. hic. Harp. n.* 5.

Dices: Est adhuc hodie differentia: legata enim verbis directis, fideicommissa obliquis relinquuntur, ergò: ℞. esse differentiam, quoad modum relinquendi, sive in verbis, quibus relinquuntur, *conc.* quoad effectum, *neg.*

ADVERS. SED NE.

Nota, quòd ob sublatas differentias *Imperator* de utrisque simul, i. e. tam de legatis, quàm fidei-commissis agere potuisset, id tamen ne permixtio quandam difficultatem inducat; ideoque separatim prius de legatis, posteà verò de fidei-commissis agere voluit. *text. hic.*

§. NON SOLUM. 4.

Imperator hic incipit declarare, quæ res possit legari, atque, quod non tantùm res testatoris, sed etiam hæredis, & prorsus aliena legari possit.

Et I. quidem nullum dubium est quin testator rem suam propriam legare possit Ratio ex lege VII. *uti quisque rei suæ legásset, ita jus esto*, & quilibet rei suæ moderator & arbiter est.

II. Potest testator legare res hæredis. 5 Ratio est; tum, quia hæres & defunctus una eademque persona esse censentur. *Nov.* 48. adeòque res hæredis testatori non

non aliena, sed ipsius quasi propria videtur: tum quia & civilis & naturalis ratio postulat, ut hæres qui commodum accipit ex testamento, & voluntatem defuncti in commodo sequitur, eandem quoque in incommodo impleat, & sequatur, *H rp. n.* 3. & 4.

6 III. Potest legari res aliena. Ratio nulla est alia, quàm ut ultimæ voluntatis liber sit stylus, & testatoris voluntas exitum sortiatur. Non tamen inde infertur licet, quòd domino invito res suæ auferantur, contra regulam, *§. fin. Inst. de his, qui sui*, &c.

Sed in tantum hoc verum est, ut cogatur hæres rem alienam legatam redimere, & redemptam legatario præstare. Quòd si verò dominus rei nolit eam vendere; tunc hæres tenetur legatario æstimationem illius rei præstare. Ad quam & tunc rectè admittitur si dominus rem quidem vendere velit, sed non nisi immodicò pretiò; quia paria sunt nolle vendere, & velle, sed immodicò pretiò *l.* 14. §. 2. *ff. de legat.* 2. *Manz. n.* 5. 6. & 7. *Schneid n.* 7.

Ad vers. Sed Si.

Dictum est, rem alienam legari posse. Hoc autem recipit duas limitationes. I. est, quòd tunc demum rei alienæ legatum valeat; si sit res, quæ est in commercio humano. Nam si sit res, quæ est extra commercium humanum; ut *res sacræ, sanctæ, publicæ*, tunc neque ipsa res, neque æstimatio debetur, *text. hic.* Ratio: quia ipsa res, cùm dominio nostro subjici non possit, tradi non potest, neque ejus æstimatio præstari, quia commercium est jus emendi & vendendi invicem, h. e. de re contrahendi: quarum autem rerum non est commercium, hæ nec pretio æstimari possunt, ut mirum non sit, hic nullam earum æstimationem deberi, cùm talis æstimatio haberi non possit. *Manz. n.* 8.

Q. I. Quid si res legata quidem sit in commercio hominum, sed non sit in commercio legatarii, valebitne legatum, saltem in tantum, ut legatario debeatur æstimatio? R. *cum distinctione*: aut res legata non est in legatarii commercio propter crimen vel sectæ diversitatem, vel propter status conditionem, aut vitium corporis. Priori casu, nec res legata, nec ejus æstimatio debetur. *l. mortuo* 49. §. 2. *ff. de legat.* 2. Hinc si Christianus hæretico, aut Judæo legaverit Christianum, nec legatum, nec æstimatio debetur, quia Judæis & hæreticis interdictum est mancipium Christianum acquirere, possidere, vel habere. *tot tit. Cod. ne Christianum mancip. hæret. vel Jud. hab.* Posteriori casu rei legatæ æstimatio debetur; v. g. si *cæco, surdo, aut mutuo militia* sit legata, tunc æstimatio debetur. *l. filiusfamil.* 114. §. *si quid.* 5. *ff. de legat.* 1. *Schamb. hic. vers. quæres* 1. quâ distinctione data textus contrarios, quos accurato calamo enucleat *Hun. var. resol. lib.* 2. *tract.* 8. *q.* 6. facilè combinare possis. Refert nimirum, an legatarius rei legatæ commercium jure non habeat, an de facto? illo casu nec æstimatio: hoc casu ista debetur, quia afflicto non est addenda afflictio. *Schneid. n.* 10. *Harp. n.* 18. & *seqq.*

Q. I. Quid juris, si econtra defunctus, vel hæres non habuerit rei legatæ commercium, habeat tamen legatarius? R. tunc vel rem vel æstimationem deberi. *l.*49. §. 3. *ff. de legat.* 2. *Schamb. hic. Harp. n.* 18. *Schneid. n.* 10.

Dices: Impossibilium nulla est obligatio. *l.* 185. *ff. de R. I.* atqui impossibilis est hæredi præstatio ejus rei, quam comparare, quamquam habere non potest; ergò ad præstationem obligari non potest.

℞. hæredi præstationem illius rei, cujus non habet commercium, impossibilem non esse: quandoquidem, licèt ipse hæres rem istam sic comparare non possit, ut eam, sibi habeat; & retineat, nihil tamen prohibet, quòminus eam ita comparare queat, ut alii acceptam præstet; siquidem id, quod quis sic capit, ut non retineat, sed alii restituat, capere non videtur *l.* 71. *ff. de V. S. Harp. loc. cit.*

Ad ℣. Quod autem.

II. Limitatio regulæ est, tunc tantùm legatum rei alienæ valere, si defunctus scribat rem alienam esse, secùs si ignorabat; tunc enim præsumitur hæredem oneraturus non fuisse onere luitionis, sive redemptionis. *l.* 10 *Cod. h. t.* Et errantis nullus est consensus *l.* 12. *Cod. de Jur. & fact. ignor.*

Excipe, nisi personæ proximæ v. g. *parenti uxori, cognato* rem alienam ignoranter legaverit, his enim legatum debetur, *d. l.* 10. Ratio: quia præsumptio affectûs in personam conjunctam tollit præsumptionem, quòd hæredem oneraturus non fuisset, si rem alienam esse scivisset. *Manz. n.* 10.

Ad vers. Et verius.

Quid si contentio oriatur inter hæredem & legatarium, cui incumbit onus probandi, quòd testator sciverit, vel ignoraverit rem legatam alienam esse; ℞. Incumbere legatario, tum quia est actor, cui regulariter incumbit probatio. *l.* 4. *Cod. de edend.* tum quia hæres habet præsumptionem pro se, cùm is de damno vitando agat; alter verò de lucro captando, *Schamb. in fine hic. & Manz. n.* 11. & 12.

§. Sed etsi.

Quod de re aliena dictum est in §. praeced. idem placuit in re creditori obligatâ, sive pignori data: ut nimirum rem legatam, quam testator scivit esse oppigneratam, hæres luere teneatur. Fac, v. g. *Cajus debitor poculum aur um oppigneravit Titio creditori: idemque Cajus testamento illud ipsum poculum legavit Sempronio?* cogitur hoc casu hæres Caji poculum illud luere, i. e. soluto creditori Titio pecuniâ, illud redimere sive recipere, & receptum præstare Sempronio legatario? si modò id obligatum fuisse testator sciverit. Est enim verisimile, eum, qui scit, rem pignori obligatam esse, eamque legat, voluisse hæredem suum gravare, ut rem lueret. *text. hic. & in l.* 57. *ff. de Legat.* I. 8

Quòd si testator ignoràsset, rem legatam pignori fuisse obligatam (quia fortè facto institutorum, vel procuratorum obligata erat) hæres compelli non potest, ut eam luat. *Harp. n.* 2. & 3.

Dices I quid ergò hoc casu proderit legatum legatario? ℞. ad hoc, ut ipse rem legatam suâ pecuniâ redimere, ac sibimet retinere possit. Quæ redemptio eo utilior erit, quo magis valor excedit quantitatem debiti. *d. l.* 57.

Ad ℣. Si tamen.

Planè interdum legatario ad legatum consequendum, luendi onus sive necessitas incumbit, etiamsi testator rem legatam sciverit nexu pignoris obstrictam: nimirum tunc, quando testator voluit legatarium luere, & hoc expressit. *text. hic.* Ratio, quia lex silet, ubi homo loquitur, & provisionem legis. *Manz. n.* 5.

Dictum: si testator ignoraverit, rem pignori obligatam esse, quod tunc eam legatarius luere debeat, Hoc

Fallit

Fallit I. Quando res pignerata à testatore legata est conjunctæ personæ, cui verisimiliter, si scivisset eandem, vel aliam æquè bonam fuisset legaturus; *d. l. si res.* 57.

Fallit II. Quando nihil est superfluum in re legata, solutâ quantitate debitâ, & sic legatum non contineret utilitatem. Nam tunc onus luendi spectat ad hæredem, etiamsi nesciverit testator rem pigneratam esse. *Schneid. n.* 5. *hic.*

§. Si Res. 6.

9 Q. in hoc §. quid juris, re alienâ legata, cujus legatarius, vivô testatore dominus factus est? ℞. *cum distinctione*, aut legatarius factus est ejus rei dominus ex causa onerosa (qualis est illa, pro qua aliquid præstare debemus, v. g. *emptionis, permutationis, locationis, dotis, &c.*) aut ex causa lucrativa, qualis est illa, pro qua nihil quidquam præstamus, v. g. *donationis, legati, successionis, &c.* Jam si legatarius factus est rei dominus ex causa onerosa, tunc poterit agere actione ex testamento contra hæredem, ut consequatur pretium. *text. hic. & in l.* 168. §. 4. *ff. de Legat.* 1. Ratio; quia licèt rem habeat, tamen aliquid aliud pro ea exposuit quo caret. *Manz. n.* 5.

Si factus est rei dominus ex causa lucrativa, tunc contra hæredem agere non potest, nec quidquam petere, sed tale legatum inutile redditur. *Ratio est in textu*: quia duæ causæ lucrativæ in unum hominem, & eandem rem concurrere non possunt. Videtur enim esse contra naturalem æquitatem, id petere, quod jam habet: idque sine ullo tuo incommodo, vel onere, *l.* 206. *ff. de R. J. Harp. n.* 6.

Ad Vers. Hac Ratione.

Ex dictis infert *Imperator*, si cui in duorum testamentis eadem res fuerit legata, quòd multum intersit, an legatarius ex primo testamento acceperit ipsam rem, an duntaxat æstimationem. Si ipsam rem ex alterius testamento, nihil potest prætendere, neque rem, neque æstimationem. Non rem; quia illam habet ex causa lucrativa adeòque sortitur locum prædicta regula, quòd duæ causæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant. Non æstimationem: quia æstimatio inest rei, & propterea peteret quod jam habet, & contra regulam: *quod meum est, amplius meum fieri non potest.*

Si verò ex primo testamento acceperit æstimationem, rem ipsam ex secundo petere potest. Ratio; quia, qui fundum v. g. habet, habet etiam æstimationem, saltem intrinsecam: qui autem habet æstimationem, non habet ipsam rem, *Schamb. hic.*

Q. III. Si legatarius ex primo testamento acceperit æstimationem, & hæres in secundo scriptus rem redimere nequeat, an adhuc semel æstimationem præstare debebit? Videtur quòd sic, quia legatarius nondum habet rem: deinde quantitas sæpè legata, semper debetur: ergò etiam æstimatio. Sed contrarium verius est: *quia æstimatio est loco rei*; ergò sicut rem non potest iteratò petere, sic nec æstimationem iteratò petere potest. *Schamb. loc. cit.*

Ad rationem dubitandi I. dico, rem tunc deberi, si ejus acquisitio sit hæredis possibilis.

Ad II. dico, quantitatem ideò sæpius prætendi posse, quia summa multiplicari potest: eadem res sæpius prestari non potest. *Harp. n.* 12.

§. Ea quoque res. 7.

Legari possunt non tantùm res quæ in rerum natura sunt, sed & quæ nondum existunt, futuræ tamen sperantur, v. g. *fructus, qui nascentur*, item *proles ex ancilla, quæ prodibit.* Ratio; *quod est in spe, idem est, ac si esset in re.* Tale tamen legatum conditionale non est, sed pro puro habetur, unde legatariô ante nativitatem fructuum, vel partum prolis defunctô, transmittitur ad hæredes. *l.* 8. §. *fin. ff. de condit. Manz. num.* 4. Ratio assignatur *ex l. conditione extrinsecus* 99. *ff. de condit. & demonst.* ubi dicitur, quòd conditiones extrinsecus non ex testamento venientes, i. e. quæ tacitè inesse videntur non faciant legata conditionalia, subintellige, ut Duarenus, & plerique alii interpretantur, *quoad transmissionem.* Dixi non ex *testamento* venientes; nam quæ descendunt ex testamento, i. e. ex verbis aut ex tacita voluntate testatoris, transmissionem impediunt, *arg. l.* 5. *ff. quando dies legat. ced. Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *q.* 12.

§. Si Eadem res. 8.

Subjicitur in hoc §. Jus accrescendi, quæ materia, teste omnium interpretum judicio, subtilis, obscura, difficilis involuta, totoque ferè jure diffusa est.

10 Definitur hoc jus accrescendi, quòd sit *jus, quo portio vacans, accrescit portioni occupatæ.* Hoc jus accrescendi, æquiparatur alluvioni. *l.* 33. *ff. de usu fruct. & quemad.* & quidem haud ineptè: nam sicuti alluvio tacitum, latensque inducit incrementum, ita, id, quod accrescit, tacitè, latenterque ipso jure accrescit, i. e. sine ullo prorsus facto pars vacans cedit occupatæ.

Hoc jus accrescendi habet locum in iis, quæ ultimâ voluntate relinquuntur, sive titulo universali sive particulari. Aliter tamen, si universali, aliter si particulari; de quo ut recta methodo agamus,

Solvimur à portu, pateant nunc carbasa ventis.

11 I. Itaque jus accrescendi locum habet inter cohæredes testamento scripto, v. g. *Titius & Mævius mihi hæredes sunto!* in hoc casu si Mævius moriatur ante aditam hæreditatem, aut repudiet eam, Titius capit universam hæreditatem, & quidem *jure accrescendi*, quòd ideò introductum, ne testator partim intestatus decedat, contra regulam, *l. Jus nostrum* 7. *ff. de R. J.*

Et hoc jus accrescendi non tantùm tunc habet locum, quando testator Titium & Mævium conjunctim sine assignatione partium hæredes instituit, verum etiam si eos separatim vocaverit ad hæreditatem, v. g. *certam cuilibet partem, vel rem relinquendo.* Vel si unum tantùm hæredem ex parte, vel ex certa re hæreditatis instituerit: tunc enim ejusmodi institutio se extendit ad universum jus defuncti, quasi universaliter facta esset sine mentione patris, vel rei certæ. Ratio non alia, quàm ne defunctus pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, quod fieri non potest, quia actus testandi est individuus. *Zoes. ff. h. t. n.* 36.

Dicta, quòd videl. institutus in re certa totam hæreditatem acquirat, procedunt, si is non habeat cohæredem universalem; tunc enim institutus in re certa habetur locô legatarii, & omnia accrescunt hæredi universali, & nihil hæredi in quota instituto: ex re enim singulari institutus est locô legatarii, *l.* 13. *Cod. de hæred Inst. Gomez. var. resol. c.* 10. *n.* 13.

II. Jus accrescendi locum habet inter legatarios, tunc scilicet, quando res iisdem conjunctim relicta est, ubi scitu dignum necessarium, quid sit conjunctio, & quotuplex, Con-

12 Conjunctio *definitur*, *quòd sit duorum vel plurium legatariorum ad unam eandemque rem vocatio*, quæ tunc contingit, si una eademque res duobus ab eodem testatore legatur.

Ista conjunctio triplex est, *realis*, *verbalis*, & *mixta*.

Conjunctio realis est, quando duo vel plures tantùm sunt conjuncti. Re autem tantùm conjuncti illi dicuntur, quibus eadem res sub diversa ratione relinquitur, v. g. *Titio fundum meum do, lego. Sempronio eundem fundum do, lego.* Et illi, qui re tantùm conjuncti sunt, *propriè*, & *in specie disjuncti appellantur*. *Harp. hic. n.* 4.

Conjunctio verbalis est, quando duo verbis tantùm sunt conjuncti. Verbis autem tantùm conjuncti dicuntur, quibus eadem res legatur, datis partibus sub una ratione. v. g. *Titio & Sempronio fundum Tusculanum æquis partibus do, lego.*

Conjunctio verbalis est, quando duo re & verbis conjunguntur. Re & verbis autem conjuncti dicuntur, quibus eadem res in una & eadem oratione non expressis partibus relinquitur. *Titio & Sempronio fundum meum Tusculanum do, lego. Zoes. ff. h. t. n.* 29. & *Hunn. ad Treutl. h. t. th.* 2.

His præmissis, Q. in hoc §. quid juris sit, si una eademque res pluribus conjunctim relinquatur? ℞. Inter omnes sine dissidio convenire in conjunctione reali, & mixta, legatarios in concursu facere partes, ut nimirum inter eos æqualiter legatum dividatur. Si vero alter eorum deficiat, tunc legatum totum ad superstitem, sive collegatarium jure accrescendi pertinere. *text.* & *in l. un. Cod. de cad. toll.* Ratio est in præsumpta testatoris voluntate, qui, cùm legatarios conjunxit, præsumitur, voluisse potiùs, ut unus totam rem habeat, quàm hæres. *Manz. n. Schamb. hic. vers. observ.* 2.

Dices in conjunctione reali, & mixtà potiùs videtur habere locum jus non decrescendi, quam accrescendi, eo quòd uterque ab initio conjunctione solidum habeat. ℞. Id tamen dici non posse, cùm solidum ab initio statim, non expectato eventu alterius deficientis, prætendere nullus possit, ut proinde solidum simpliciter non habeat; sed consideratò casu alterius deficientis. Adeoque sub diverso respectu videtur habere locum jus accrescendi, & jus non decrescendi. Jus non decrescendi, quatenus singuli considerantur, ut habentes solidum in casu deficientis alterius: jus accrescendi, quatenus considerantur, ut habentes partes: in concursu utriusque; tota igitur res ab eventu pendet, illo scilicet, num alter concurrat, num deficiat. Si respectus habeatur ad casum concursûs, videntur habere partes, & per sequens locus est juri accrescendi. Si respectus habeatur ad casum defectûs, videtur uterque habere solidum, adeòque jus non decrescendi locum sortitur. Quidquid sit de nomine, quia de lana caprina foret, disceptare non vacat. *Schamb. hic. vers. observ.* 2. An in conjunctione verbali tantùm jus accrescendi locum habeat, discutiemus alibi.

§. SI CUI FUNDUS. 9.

In hoc proponitur talis casus. Legatus est mihi fundus Cornelianus 300. solidorum, ego posteà emi à Cornelio domino fundi nudam proprietatem 100. solidis, relicto ei usu fructu; successu temporis accidit, ut usus fructus finiretur vel per mortem Cornelii, vel per capitis diminutionem, & mihi consolidationis jure, adeòque gratis sine onere & pretio accideret, idque vivo adhuc testatore. Q. an ex testamento totius fundi, i. e. proprietatis, & usus-fruc-

tùs æstimationem petere possim, & non duntaxat proprietas?

Videtur, quòd tantùm æstimationem proprietatis, non etiam usus fructûs. Ratio, quia sola proprietas ex causa onerosa delapsa est ad legatarium: usus fructus verò ex causa lucrativa. Diximus autem suprà, quòd duæ causæ lucrativæ in eundem hominem concurrere nequeant.

Hôc non obstante ℞. Julianus hic & *in l.* 82. §. 2. *ff. de legat.* 1. quòd totum fundum petere possim, eò quod ususfructus tantùm se habeat per modum accessorii, & servitutis locum obtineat, non autem pars sit rei, sive dominii. Et hoc de rigore juris procedit: aliud de æquitate obtinet, quâ inspectâ judex sollummodò hæredem condemnat ad æstimationem proprietatis, non etiam pretium usus fructus. *text. hic.* & *Harp. n* 4. Pari ratione, si res alicui legata sit, & is partem emerit à verò domino, altera verò pars ei sit donata, vel quocunque alio tituló lucrativó acquisita: actione ex testamento tantùm ad pretium partis emptæ agere poterit. *d. l.* 82. §. 3. *Perez Inst. hic.*

§. Sed Si Rem. 10.

13 Res legatario propria legari non potest, ita, ut neque res, neque æstimatio debeatur. Ratio: quia quod meum est, ampliùs meum fieri non potest *text. hic.* & §. 14. *de act.* & non potest dominum nisi ex una causa nobis contingere. *Harp. n.* 12.

Sed quid, si legatarius rem suam, sibi legató relictam, post testamentum factum alienaverit, sicque res ipsius esse desierit? ℞. nihilominùs legatum inutile esse. *tex. hic.* & *d.* 41. §. 2. *ff. de legat* 1. Ratio desumitur ex regula Catoniana, quæ sic habet: *quod legatum ab initio non valet, tractu temporis non convalescit. l.* 1. *ff. de regulâ. Caton.* & *cap.* 18. *de R. I. in* 6.

Obtrudes *l.* 1. §. *fin. de reg. Caton.* ubi Celsus in hæc verba rescribit: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore est tuus; si eum vivo testatore alienaveris: N B. legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim non decessisset.* En! stude, ut contrarietur lex ista nostro §. ita ut Hotomanus sibi persuadeat, eò operam locari locô, si conciliationi manus admoveatur, quo poneret, cui circulum quadrare nitetetur.

At ego, si res accuratiori lance trutinetur, existimo, facilè istos textus posse in concordiam reduci, si dicatur in casu *d. l.* 1. §. *fin.* legatum fuisse conditionale: *lego tibi fundum illum, si vivo me alienaveris.* Si hoc, regula Catoniana cessat, utpote quæ tantùm in legatis puris sortitur locum, non etiam conditionalibus, *C. cætera* 41. §. *tractari ff. de legat.* 1. & *l.* 4. *ff. de reg. Caton. S. hamb. hic. Harp. n.* 6. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *q.* 25. *Arumæ. exercit.* 9. *th.* 5.

§. Si Quis 11.

In hoc §. duæ quæstiones proponuntur. I. Si quis putet rem, quam legat, esse alienam, & tamen sit sua. Q. *An tale legatum valeat?* ℞. *in textu*, quòd sic: Ratio quia favore ultimæ voluntatis plus valet; quod in veritate est, quàm quod in opinione. Ratio alia; quia quisque præsumitur facilior ad legandas res proprias, quàm alienas. *Manz. n.* 2. 14

Dices nostræ regulæ è diametro refragatur illa regula, quæ traditur *l.* 15. *ff. de acq. hæred.* ubi dicitur: *plus valet, quod in opinione est, quam quod in veritate.* Sic is, qui putat se hæredem necessarium, cùm sit voluntarius, non potest

potest repudiare hæreditatem; ergò. ℞. plus valet id, quod in opinione est, quàm quod in veritate est; si opinio pugnet cum voluntate, *conc.* si opinio non pugnet cum voluntate, sed tantùm cum veritate, *neg.* sic volens committere fornicationem, credens se cognoscere personam liberam, quæ tamen à parte rei maritata est, licèt à parte rei adulterium committat, adulter tamen non est, quia plus valet, quod in opinione est, quàm quod in veritate, cùm opinio pugnet cum voluntate; quia si scivisset esse conjugatam, illam non cognovisset: sic & is, qui putat se hæredem esse necessarium, cùm sit voluntarius, non potest repudiare hæreditatem: quia non censetur velle repudiare, qui se putat necessarium, cum sciat, quòd necessarius repudiare non possit; siquidem aditio vel repudiatio in mera ac prorsus libera voluntate consistit.

Quòd si opinio tantùm cum veritate pugnet, plus valet, quod in veritate est, quàm quod in opinione. Sic is, qui vult legare rem quam putat esse alienam, à fortiori illam vult legare, si sit sua. Sic etiam, qui putat se à non domino tradatur, verum acquirit dominium. *l. pen.* §. 1. *Cod. de jur. & fact. ignor. Schamb. hic. Harp. n.* 4.

II. Quæstio est: si testator putavit rem legatam esse legatarii, & eam legatario legavit, cùm tamen ejus non sit, an valeat legatum? ℞. valere. Ratio: quia præponderat errori voluntas testatoris; præsumitur enim legatarium honorare nec actum inutilem facere voluisse, *l.* 109. *ff. de legat.* 1. Alia ratio habetur in textu: quia exitum voluntas testatoris habere potest.

Dices: dando alteri rem, quam puto esse ejus, non transfero dominium, quia non est voluntas transferendi, *l.* 3. §. 8. *ff. de condict. caus. dat.* ergò etiam non valebit legatum, quia deest animus legandi ℞. ex favore ultimæ voluntatis præsumi, quòd testator velit omnem rem legatam præstari, si possit, hoc autem casu potest: ergò si testator rem quæ legatarii est, leget, non ideò non valet legatum, quia animus legandi deest, sed ideò, quia voluntas ejus effectum sortiri non potest. *Schamb. hic.*

§. Si Rem. 12.

Hoc §. talis casus proponitur: testa- 15 tor legavit in testamento Titio fundum suum, v. g. Tusculanum, posteà autem eundem fundum adhuc vivens alienavit, oritur dubium, *an alienando censeatur legatum revocare*? Celsus existimat, si non adimendi animô vendidit, adhuc deberi. Ratio: quia legatum omninò præstandum est, nisi constet, quòd testator id aut revocaverit, aut ademerit, *l.* 4. *ff. de adim. vel transferend. legat.*

At ain? quando testator censeatur animô adimendi legatum distraxisse? Quamvis hoc difficile sit cognitu: quia voluntatis quæstio est, puto tamen *hujus distinctionis* ope rem dirimi posse, an testator rem distraxerit ex necessitate rei familiaris ductus, an suâ sponte sive merâ & nudâ voluntate.

Si sua sponte rem distraxerit, revocasse legatum censetur, *l.* 11. §. 12. *ff. de legat.* 2. nisi legatarius probet non fuisse voluntatem & animum defuncti legatum adimendi, *Schneid. n.* 4.

Si ex necessitate rem distraxerit, fortè quia pecuniâ paratâ indiguit, vel quia res legata erat peritura, legatum non videtur revocatum, sed hæres rem legatam tenetur redimere, aut æstimationem præstare, nisi probet, cum necessitate animum adimendi legatum conjunctum fuisse. *d. l.* 11. §. 12. *eod.* & *l.* 18. *ff. de adim. legat.*

AD

AD V. IIDEM.

16 Quid si res legata post factum testamentum à testatore fuerit oppignerata, censeturne tunc quoque legatum ademptum? Ratio dubitandi: quia oppigneratio est species alienationis.

Sed ℞. non censeri ademptum, sed legatarius hæredem compellere poterit, ut rem oppigneratam à creditore luat, sibique restituat. Ratio; quia res oppigneratæ manent in dominio testatoris, ut proinde cùm res bonis testatoris non eximantur, nec legatum ademptum censeatur, *Manz. n. 9*.

Quam distinctionem dedimus circa alienationem totius legati: eadem adhibenda est circa alienationem partis. Ratio: quia quid juris est de toto quoad totum, idem juris esse debet de parte, quoad partem. *l. 7. ff. de R. V. Harp. n. 3. & 4.*

§. SI QUIS DEBITORI. 13.

17 Quid si creditor debitori suo liberationem legaverit, estne utile tale legatum?

Dixeris quòd non: quia res sua nemini legari potest, sed quod aliquis debet, illius adhuc dominus est. *l. 2. ff. de libert. legat.*

Sed contrarium deciditur. Ratio: quia non videtur legata res ipsius debitoris, sed liberatio, quæ est in facultate creditoris. *Manz. num. 2. 3.* Adeò autem utile est tale legatum, ut legatarius hæredem compellere possit, ut liberet eum, & instrumenta obligationum restituat. *text. hic.* Non tamen debitor liberatur ipso jure, sed ope tantùm exceptionis. Ratio: quia legatum non est modus tollendi obligationem. *Schamb. hic.* Nisi legatarius ab hærede petierit, ut se per acceptilationem liberet, v. g. hôc modô: quod ego promisi defuncto, tu hæres, habesne acceptum? tunc enim ipso jure liberatur; acceptilatio enim est modus tollendæ obligationis. *Schamb. hic.*

Sicut in perpetuum liberatio legari potest; ita enim potest testator jubere, ne intra certum tempus à debitore debitum exigatur: & tunc pro eo tempore non potest peti nec usura nec pœna. Nam ubi nulla est petitio, ibi nulla mora est. *Schneid. n. 4.* usuræ autem debentur ex mora *l. 32. §. 2. ff. de usur. Manz. n. 14.*

§. EX CONTRARIO. 14.

Quid si verò è contrario debitor creditori suo debitum legarit, valetne legatum ℞: *cum distinctione*, si nihil plus est in legato, quàm in debito, inutile est legatum, v. g. si is, qui debet 100. leget 100 Ratio: quia legatum est donatio, hoc autem casu nihil donaret; ergò.

Si verò plùs est in legato, quàm in debito, tunc omninò valet: quia jam sapit donationem. Hinc si debitum sit in diem, vel sub conditione, & illud leget purè, legatum est utile, propter repræsentationem, h. e. propter præsentem solutionem. Id enim lucratur creditor, quòd accipiat statim post mortem debitoris id, quod post certum tempus, aut post eventum conditionis cumprimis præstandum erat, aut quod interdum nunquam daretur, si fortè conditio non extitisset. *Manz. n. 6.*

Idem est, si causâ, aut loco plus sit in legato, quàm in debito, enim vero & tunc legatum utile erit, v. g. si aliquid debeatur in genere, & illud legetur in specie; vel si debeantur centum Romæ, illorum solutio legetur Viennæ. Vide *Manz. num. 7. & seqq.*

AD

AD ꝟ. QUOD SI VIVO.

Q. hic, quid si autem in legato in diem, vel sub conditione, vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, est ne nihilominus legatum utile? In exemplo: debui Sempronio 100. solvendos post triennium, & legavi purè, hoc in casu, ut dictum, utile est legatum.

Quid si autem vivam adhuc per triennium, & dies solutionis adveniat, manetne utile? dixeris, quod non: quia commodum repræsentationis, i. e. præsens solutio cessat, & nihil ampliùs est in legato, quàm debito: præterea res devolvitur in illum casum, à quo non potest inchoare. Quæ posterior ratio movit Paulum JCtum in *l. debitor.* 82. *ff. de legat.* 2. ut velit, tale legatum non valere.

Sed *Imperator* rejicit sententiam Pauli, statuitque secutus Papinianum *in l.* 5. *ad fal.* quòd nihilominus utile sit legatum. Ratio est in textu; quia semel constitit. Quod *Manz. hic. num.* 14. ita explicat: quia potuit habere locum repræsentatio; potuit enim fieri, ut debitor ante diem moreretur, aut conditio non existeret. Inspiciendum ergo est, quod evenire potest, & id potiùs, quod est in aptitudine, quam quod est in actu.

Ad rationem dubitandi ℞. quòd dicta regula non procedat, cùm casus superveniens tendit ad eundem finem, quem non tam impedit, aut destruit; quàm promovet, *Zoes. ff. h. t. n.* 21. *Manz. n.* 15.

Hinc regula illa: non est novum, ut, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licèt ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt, *l.* 85. §. 1. *ff. de R. J*

§. SED SI UXORI. 15.

Pro hujus §. intellectu, Nota I. Quod de jure communi dos solutò matrimoniò revertatur ad uxorem, seu partem dotantem. *l.* 2. *ff. solut. matrim.* nisi pactum de lucranda dote intervenerit. *Schneid. n.* 1. Et quidem hodie, si dos consistat in bonis immobilibus, tunc statim: si in mobilibus, non nisi intra annum reddenda est *L. un.* §. *cùm autem. Cod. de rei uxor. act Schamb. hic.* 18

Nota II. quod maritus habeat beneficium competentiæ adversùs uxorem, quæ dotem repetit, h. e. non potest conveniri, *l.* 12. *ff. solut. matrim.* His prælibatis.

Q. *An valeat legatum, si maritus uxori dotem relegat?* Dixeris non valere, quia res sua nemini rectè legatur, sed dos jam antè est uxoris, cùm naturale ejus dominium habeat, *l.* 30. *Cod. de jur. dot.*

Contrarium sancit hic *Imperator*: Ratio; quia plenius est legatum, quàm de dote actio. I. Propter commodum repræsentationis: quia legatum statim peti potest; dos autem si in re mobili consistat, non nisi intra annum reddenda est. II. Si pacta dotalia uxori incommoda sint opposita, censentur illa cessata. *l.* 6. *ff. h. t.* III. Si maritus in dotem expensas fecerit, censentur remissæ. *d. l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* IV. Quia marito & liberis ex eodem matrimonio natis competit in actione dotis beneficium competentiæ: legata autem in solidum persequimur, neque iis obstat hoc beneficium. *Schamb. hic.*

AD ꝟ. SED SI.

Q. hic, quid si maritus uxori dotem legaverit, quam non accepit? ℞. *cum distinctione l.* 1. §. 8. *ff. h. t.* vel maritus impliciter dotem non expresså ullå dotis quantitate legavit, & non valet legatum, quia

quia cum nihil sit datum, nihil hôc legatô continetur: propter incertitudinem voluntas exitum habere non potest.

Vel expressit certum corpus, aut quantitatem, v. g. centum, quos mihi dotis nomine attulit, vel fundum Cornelianum, quem in dotem mihi dedit, do, lego uxori, & valet legatum, *text. hic.* Ratio, quia sublatô errore dotis manet favor legati & dotis, & licèt nullam dotem attulerit, tamen falsa demonstratio, vel causa adjecta legatum non evertit. *Manz. num.* 12.

§. Si res legata. 16.

19 Q. Si res legata pereat, cuinam, an legatario interitus iste noceat an hæredi, ita ut hic æstimationem adhuc præstare teneatur. ℞. *textus, si res legata sine facto hæredis pereat, legatario decedit.* Ratio quoad legatarium, quia res perit domino. *l.* 6. & 9. *Cod. de pignerat. act.* atqui dominium rei legatæ accedit à morte testatoris legatario; ergò. Ratio quoad hæredem: quia interitus rei in specie debitæ ad creditoris periculum spectat. §. 3. *Inst. de empt. & vendit. & l.* 12. *qui* 45. *ff. de O & A. Manz. n.* 2.

Dixi *Interitus rei in specie debitæ*: nam si aliquid in genere vel quantitate relictum sit v. g. *centum floreni*, & illos amiserit hæres, dum voluit solvere, ea propter non liberatur: Ratio; quia genus perire non potest, sicut nec quantitas. *Schamb. hic. Schneid. n.* 3.

Dixi II. *citra culpam*: nam si culpâ, sive ut Imperator loquitur, factô hæredis res perierit, hæredi perit, ita, ut teneatur legatario præstare rei æstimationem. Ratio: quia factum cuique suum, non aliis nocere debet, *l.* 155. *ff. de R. J.* & casum præstat, cujus culpa præcessit, *l.* 30. §. 4. *ff. ad leg. fal.*

Dixi III. *vel citra moram.* Nam si hæres moram commiserit, & præstationem legati distulerit non liberatur. Ratio: quia mora culpæ species est. *cap. un. X. de commodat.* & mora cuilibet sua, non aliis nocere debet. *c. mora.* 26. *de R. J. in* 6.

Ad ℣. Si Vero.

Quid si servus hæredis legatus sit, & ipse hæres eum manumiserit? ℞. *textus.* hæredem teneri (puta ad æstimationem, nam libertas servo semel data revocari non potest. *arg.* §. 6. *quib. ex caus. manumitt. non licet*) nec refert, sive sciverit, sive ignoraverit servum legatum esse, licèt enim regulariter justa ignorantia excuset, tamen hic nocet, quia hæres defuncti factum præstare tenetur, cùm ex defuncti persona lucrum sentiat. *Manz. n.* 9.

§. Si Quis Ancillas. 17.

Contingit quandoque, eidem res plures legari, unde oritur quæstio, *si una ex illis rebus pereat, an debeatur adhuc altera?* ℞. *cum distinctione*; vel sunt tales res, quarum una non accedit alteri accessoria, sed habet per se modum principalis, vel sunt tales res, quarum una est alteri accessoria. 20

Si prius, licèt una res pereat, altera tamen debetur. Ratio; quia intelliguntur duæ res principales legatæ. Unde si quis ancillam cum suis natis sive liberis legavit, licèt mortua sit ancilla, partus tamen debetur. Ratio: quia partus non est in fructu, neque enim naturæ humanæ dignatas patitur, ut partus in fructu, aut accessione sit. *Schneid. n.* 3. & 4.

Si posterius, extinguitur totum legatum. Ratio; quia accessorium sine principali non potest subsistere. Unde si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, neque peculium debetur. Ratio; quia peculium locô accessorii est.

Ex

21 Ex eodem capite fluit, si quis fundum legaverit cum instrumentis, & deinde fundum voluntariè alienaverit, quòd extinguatur legatum, ita, ut neque instrumenta debeantur, quia instrumenta vicem accessorii tenent.

Non obstat, quòd JCtus *in l. 1. ff. de instructo, vel instructum. legat.* dicat, duo legata esse. Nam hoc ita intelligendum est, quòd unum sit principale, alterum accessorium, ne aliàs in eadem lege admittatur contradictio. *Manz. num.* 7. Ista altâ pace transeunt. Sed

Quid, si dixerit testator: *Lego fundum instructum*? Idem Juris esse statuit textus §. nostri, *idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit.* Sed vehementer, & quasi è diametro.

Adversatur *l. 5. ff. de fundo instruct.* ubi ita scribitur: *si cui fundum & instrumentum ejus legare vis, nihil interest, quomodo leges: fundum cum instrumento: an fundum & instrumentum: an fundum instructum. Imo contra: nam inter ea legata hoc interest, quòd si fundo alienato mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hoc scripturæ fundum cum instrumento, nihil erit legatum: ex cæteris poterit instrumentum esse legatum.* Varii iterum varia pro conciliatione in medium producunt. *Schamb. hic*, ait observandum esse: duplicia haberi à patrefam. instrumenta, quædam ad culturam necessaria, quædam, quæ paterfam. habet, ut fundus magis instructus sit. *l. 12. §. sed si fundus. 27. ff. h. t.*

Si legatus sit fundus cum instrumento, sola necessaria veniunt, & accessoria, quæ pereunte legato etiam pereunt: si fundus instructus, etiam reliqua instrumenta, quæ paterfam. propria habet, debentur pereunte legatò, hæc non pereunt, quia non sunt accessoria.

§. Si Grex. 18. Cum §. 19.

Quid si grex ovium fuerit legatus, & posteà totus ad unam venerit; Q. *An legatarius unicam illam ovem petere & vindicare possit?* 22

Dixeris, quòd non; quia re legatâ pereunte, legatum non debetur, §. 16. suprà: sed si grex ovium ad unam reducitur, grex perit, quia decem constituunt gregem, *l. 3. ff. de abig.*

Contrarium hic deciditur: ratio, quia legatò grege, & sic quodam totali, singulæ ejus partes legatæ censentur. *l. 22. ff. de legat.* 1.

Ad ℣. Grege.

Ex hoc ℣. observa quòd si post testamentum augeatur numerus gregis, h. e. ad 150. ascendat, cùm tempore testamenti facti tantùm 100. erant, augmentum, legatario debeatur. Ratio, quia grex non minùs est universale corpus, quàm ædes: sicut ergò ædibus legatis columnæ, & marmora, quæ post factum testamentum adjecta sunt, legato cedunt: ita & oves, quæ post testamentum gregi adjiciuntur. Ratio utriusque; quia universalia corpora recipiunt augmentum, & decrementum, & tamen semper sunt eadem; atqui tam ædes, quàm grex sunt corpora universalia; ergò *Manz. hic. n.* 5.

Contra dicta *objicies*: mortuo bove qui legatus erat, neque corium, neque caro debetur. *l. 49. ff. de legat.* 2. ergò mortuò grege una ovis non debebitur. ℞. Disparitatem esse, quòd legatò grege, singulæ oves censentur legatæ; bove autem legatò, bos est legatus, non etiam reliquiæ bovis. *Schamb. hic. Harp. n.* 12.

Urges per l. fin. ff. quibus modis usus fruct. amitt. ubi dicitur: *cùm gregis usus-fructus legatus est, usque eo numerus pervenerit gregis, ut grex non intelligatur*, i. e. non

sint oves decem, perit usus-fructus; *ergò etiam hic legatum.* R. *conc. ant. neg. consf.* Disparitas est: quia usus-fructus faciliùs perit, quàm proprietas; sed quæ ratio hujus? *Schamb.* hanc assignat, ut aliquid ad proprietarium adhuc perveniat ne proprietas ei reddatur planè inutilis. Sicut autem legatarius unam adhuc petere potest ovem, ita etiam potest petere plures, si grex post factum testamentum actus sit, quidquid enim legato huic accedit, vel decedit, accedit, & decedit legatario, semper est enim grex, *l. 21. ff. de legat.* I. qui neque accretione, neque decretione mutatur, sed idem manet. *l. 21. §. 1. ff. de except. rei jud. Schàmb. hic.* & *Harp. n. 5.*

§. Si Peculium. 20.

23 Pro faciliori hujus §. intellectu observandum est, quid sit cedere diem, & venire diem. Cedere dies dicitur, quando res incipit deberi. Venire dicitur, quando res peti potest. *l. 213. ff. de V. S.* Fac. v. g. *Titius mihi promittat dare centum prima die Septembris.* Hoc in casu statim à die factæ promissionis dicitur cedere dies, quia centum incipiunt deberi, sed venisse dies non dicitur; hinc ante primum diem Septembris istos centum petere non possum. *Schneid. n. 2.*

Dices; ad quid prodest cessisse diem, & non venisse? numquid inanis est illa cessio? R. Ad hoc prodesse, quod cessio diei operetur transmissionem, h. e. quòd rem illam cujus dies cessit, sive quæ incipit deberi, transmittat ad hæredes, si contingat legatarium mori, priusquam dies veniat; quia omnia ea transmittuntur ad hæredes, quæ debentur, sed ea, quæ cessa sunt, debentur, ergò. *Manz. n. 2.* his præmissis.

Q. Quando ergò dies legati cedat? R. *cum distinctione*: aut est legatum purum, aut in diem certum, aut conditionale.

Si est legatum purum, tunc statim à die mortis cedit, & venit dies, adeòque tale legatum ad hæredes transmittitur, licèt legatarius decedat ante aditam hæreditatem. *l. ff. quando dies legat. ced.*

Si est legatum in diem certum, tunc quidem statim post mortem testatoris cedit, sed non venit dies, adeòque ante adventum diei peti non potest. *d. l. 5.*

Si est legatum conditionale, vel in diem incertum: tunc ante conditionis existentiam, aut diei adventum neque cedit, neque venit dies, ac proinde legatum non debetur, neque etiam pendente conditione & die legatarium ad hæredes suos transmittitur. *l. 4.* & *5. §. 2.* & *l. 21. ff. eod. Schneid. n. 5. 6.* & *7.*

Sicut in legato conditionali ante diei aut conditionis adventum neque cedit, neque venit dies, ita etiam in usu-fructûs, aut alterius servitutis vel juris personalis legato neque venit dies ante aditam hæreditatem, *l. 2.* & *l. 8. ff. eod.* Ratio: quia si antè cederet, frustranea foret cessio, quæ inventa est propter transmissionem, sed jura personalia ad hæredes non transmittuntur, *d. l. 2.* & *3.* quia personalia personam non egrediuntur. *Manz. n. 21.*

Cætera, quæ de peculio, quod servo legatur, hoc in §. tractantur, cùm in usu non sint, attendenda non sunt. Quare si antiquitatum te teneat desiderium, confer te *ad Manz. aut Schamb. hic.*

§. Tam autem. 21.

Docet in §. *Justinianus*, non solùm res corporales, sed etiam incorporales legari posse. Sic testator legare potest, quod sibi debetur, licèt debitum & obligatio res tantùm incorporalis sit: v. g. dicit testator, *Titio do, lego mille quos mihi Mævius debet.* Sed 24

Quomodo

Quomodo præstabitur tale legatum : ℞. cedendo actionem *l.* 75. §. *ff. de legat.* 1. Itaque si hæres actionem illam, quam contra debitorem habet, legatario cesserit, liberatur, neque opus habet, pecunias legatario solvere. *l. legatum* 105. *ff. eod.* juxta regulam : obligatus eo, quia actionem habet ; cedendo eam liberatur. *l.* 51. *ff. de peculio. Manz. num.* 4. Ast qualem actionem consequitur legatarius? ℞. si hæres actionem cesserit, consequi directam, si non cesserit, utilem, quâ idem consequitur quod directâ. *L. ex legato* 18. *Cod. de Legat. Harp. n.* 5. *hic.*

AD ℣. NISI.

Quid si testator debitum, quod legavit, ipse exegerit ? ℞. legatum extingui. *tex. hic.* Ratio : quia censetur mutâsse voluntatem ademisse legatum. Ratio alia: quia legatum consistit in obligatione solutionis ejus, quod debetur, tollitur obligatio ; ergò. Aliud est, si debitor ultrò obtulerit debitum, tunc enim legatum non censetur revocatum. *text. in l.* 11. §. 13. *vers. Cùm tamen ff. de legat.* 3. Offerente enim debitore non potuit non accipere ; ergò non videtur animum mutasse. *Zoes. ff. de adimend. legat. num.* 19. *Schneid. n.* 6.

AD ℣. SED ET TALE.

Non tantùm res, sed etiam facta legari possunt, v. g. Mævi damnas esto Titio domum exstruere. Ratio : quia & voluntas testatoris debet habere exitum, & tale legatum utile est, nec res tantùm, sed & facta in obligationem veniunt. *Harp. n.* 69.

§. SI GENERALITER. 22.

25 Genus in sensu juridico propriè id dicitur, quod sui naturâ pluribus sese speciebus communicat, & quod nomine quidem incertum atque confusum est, sed per species contentas fieri certus potest. *Harp. num.* 2.

Hoc triplex est : *Genus generalissimum, genus subalternum & genus infimum.*

Genus generalissimum est, quod supra se aliquod prædicabile non habet, *ut ens, res, substantia.* Genus subalternum est, quod continetur quidem sub genere generalissimo, prædicatur tamen de pluribus differentibus specie, ut *corpus animal.* Genus infimum est quod de pluribus differentibus numero prædicatur, *ut homo, bos, equus, &c.* & hoc vulgò à Dialecticis vocatur species, sicuti JCti speciem nuncupant, quod Dialectici individuum vocant. v. g. *Stichus Bucephalus, fundus, &c. Harp. n.* 4. *Schneid n.* 3. & *Schamb. hic.* His præmissis.

Dico I. In genere generalissimo, seu subalterno, si legatum relictum sit, illud est inutile. Veluti lego rem, animal. Ratio : quia ejusmodi legatum ridiculum, & derisorium futurum esset, cùm hæres rem minimam vel muscam solvendo se liberaret. Itaque de tertio duntaxat genere noster §. tractat. Hinc

Dico II. Si in genere infimo legatum relictum sit, referre, an legatum contineat individua, quæ habent certos & determinatos fines à natura, veluti *homo, equus, bos, &c.* & indistinctè tale legatum valet, non attentâ consideratione, an testator tales res in patrimonio habuerit, nec ne? *L. Legato* 37. *ff. de Legat.* 1.

An contineat dividua, quæ non habent certos fines à natura, sed constituuntur hominis facto, ut *domus*, quæ potest à domino dividi interjectis parietibus in quotcunque domunculas voluerit : & hoc in casu distinguitur, an testator tales res & domus in patrimonio

habuerit, quo casu valet legatum: an testator non habuerit in patrimonio ædes, & tale legatum magis derisorium est quam utile, *l.* 21. *ff. de legat.* quia posset hæres luteam domunculam dando se liberare. *Schneid. n.* 8. *& seqq.* Idem quod de domo legata diximus, dic de fundo & vino legato. Si fundus, si vinum legatur: refert num testator ea in patrimonio habuerit, quo casu valet legatum: num non habuerit, quo casu derisorium est, eò quòd pars glebæ fundus, & gutta vini vinum sit. *Schamb. hic.* Jam lubeat in ordinem, & explicationem nostri §. reverti, pro cujus intellectu,

Q. Si res in genere legetur, cujusnam sit electio, an hæredis, ut possit solvere, quod lubet; an legatarii, ut possit accipere, quod placet? Regula quidem est, quòd in alternativis electio sit debitoris, cap. *in alternativis, de R. J. in* 6. *& l. plerumque* 10. *ff. de jure dot.*

℟. tamen *Imperator*, quòd electio sit legatarii idemque confirmat. *L. legato* 37. *ff. de legat.* I. Ratio: quia electio ad eum spectat, cui gratia est concessa. Ratio alia assignatur *à Schamb.* quia contractus strictè, ultimas voluntates laxè interpretamur. Non mirum proinde, quòd in contractibus, ubi versatur debitum genericum, aut alternativum, debitoris sit electio.

Dicta procedunt, si testator aliud non dixerit, nam si ex verbis testatoris aliud possit colligi, optio danda est hæredi. Hinc si dixerit verba executiva ad hæredem, v. g. hæres meus damnas esto dare Sempronio unum ex meis equis, tunc electio est hæredis. *Schneid. n.* 15. vel si res in genere legata, non sit in patrimonio testatoris, tunc electio etiam hæredis est, v. g. Sempronio equum lego: hoc in casu, si nullum equum habeat, non potest legatarius aliquem eligere, *lib.* 2. *ff. de opt. legat.* Ratio quia electio in rebus alienis non conceditur. *Manz. num.* 7. *Harp. num.* 13. *& seqq.*

Sed quomodo fit electio? ℟. legatarium civiliter eligere debere, h. e. nec optimum, nec pessimum, sed mediocre, *d. l.* 37. *Harp. n.* 20.

§. Optionis. 23.

Optionis legatum dicitur, cùm testator jubet legatarium aliquam ex rebus suis optare, i. e. eligere, dicendo v. g. *Sempronì ex equis meis quem voles, elige, aut tibi vindica.* Differt à legato generis I. quòd in legato generis mediocre eligi debeat: in hoc verò optimum possit eligi. *l.* 2. *ff. de opt. legat.* Quòd olim legatum fuerit transmissivum ad hæredes, legatariò ante electionem decedente. *Optionis vero etiam ratio* est in textu; quia tale legatum reputabatur conditionale; constat autem ex supra dictis: quod *legatum conditionale, legatariò ante eventum conditionis mortuo, ad hæredem ejus non transmittatur.* Dixi *olim*, hoc enim ex constitutione Imperatoris in meliorem statum reformatum est, & hæredi legatarii licentia data optare, licèt vivus legatarius hoc non fecerit. Ratio est alia, quàm favor ultimarum voluntatum, *Manz. n.* 6. 26

Ad ℣. Et Diligentiore.

Si duobus vel pluribus optio relicta sit, & ipsi dissentiant in corpore eligendo, (nam homines ad dissentiendum sunt faciles) vel si uni legatario optio legata sit, iste verò plures hæredes reliquerit, qui in eligendo dissentiant, dubitabatur olim, quid esset statuendum. Alii ex JCtis volebant, perire legatum, alii in pendenti esse legati petitionem, donec consensisset; eò quòd conditio defecisset, vel esset in suspenso. 27

Sed

Sed Imperator in *l.* 3. *Cod. commun. de legat.* statuit, forte litem esse dirimendam, ut, quem sors tetigerit, is solus potestatem eligendi haberet. Ratio est in textu; ne pereat legatum. *Manz. n.* 7. & 8.

Illud notandum, quòd à sortis sive fortunæ judicio nec appellari, nec contra eam restitutio in integrum peti possit, nisi fraudem intervenisse quis probare velit. Ratio: quia fortuna in hoc mundo non habet superiorem, ejusque dux Deus est, secundùm Salomon. *Proverb. cap.* 16. *verf.* 43. *Harp. num.* 16. *Schneid. n.* 4.

§. LEGARI. 24.

Hactenus, de rebus quæ legari possunt. Jam de personis, quibus legari possit, statuitque *Imperator* illis legari posse, cum quibus est testamenti factio, puta *passiva*, h. e. qui hæredes scribi, atque institui possunt. Favore tamen alimentorum receptum est, ut liceat etiam incapacibus, & qui testamenti factionem non habent, alimenta legare, v. g. *deportatis*. *l.* 11. *ff. de aliment. legat.*

§. INCERTIS. 25.

Olim sicut incerta persona hæres institui non potuit, ita neque incertæ personæ legata & fideicommissa relinqui poterant, eò quòd certum debeat esse testatoris judicium. Quod adeò procedebat, ut neque à milite incertæ personæ legari potuerit, *text. hic.*

Incerta autem persona illa dicitur, quam testator incertâ opinione animo subjicit, veluti: *quicunque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato*, aut ita: *Qui primi à morte mea consules designabuntur, iis hæres meus* 100. *solidos dato.* Tale legatum, inquit textus, olim non valebat. Dicitur autem *olim*, aliud enim de jure novo obtinet, uti in §. 27. *h. t.* videbimus.

AD VERS. LIBERTAS.

Fit hoc in V. ampliatio ad præced. regulam, videlicet quod nec libertas incertæ personæ legari potuerit: eo quòd nominatim servis libertatem dare oportuerit, nominari autem nequit, qui incertus est.

AD VERS. SUB CERTA.

Limitantur præmissa, ut in legato sub certa demonstratione non procedant. Hinc & olim potuit sub certa demonstratione, h. e. ex certo personarum numero incertæ personæ legari, v. g. *ex cognatis meis qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres hortum meum dato.* Ratio: quia saltem disjunctivè certum erat testantis consilium. *Schamb. hic.*

AD VERS. INCERTIS.

Q. hic, an si hæres legatum incertæ personæ relictum solverit, putans ex errore juris se teneri possit illud per condictionem indebiti repetere? ℞. *negativè*, quia repeti prohibentur, quæ naturaliter debita solvuntur. *l.* 3. §. *ult. ff. quod quisque juris.* ei & legata ex imperfecto testamento soluta repeti non possunt. *l.* 2. *Cod. de fideicomm. Schamb. hic.* & *Harp. num.* 12.

§. POSTHUMO. 26.

Posthumus alienus ille dicitur, qui natus suus hæres non fit, qualis est, qui ex filio emancipato concipitur, & nascitur nepos. Item qui ex filio in potestate constituto nascitur nepos. Nam ut quis posthumus suus dicatur, requiritur I. ut sit in potestate, qualis non est conceptus ex filio emancipato, II. ut primum gradum obtineat, qualis non est

natus

natus ex filio in potestate constituto. *Schamb.* & *Manz. hic.* Tali posthumo alieno olim legari non potuit. Ratio: quia incertis personis legatum relinqui non potuit; atqui posthumus alienus duplici ratione incertus est. I. num nasciturus sit? II. num suus futurus sit? Et quamvis etiam in suo posthumo nativitatis dubium versaretur, tamen *favor suitatis illam institutionem conservabat. Manz. num.* 7. Verùm cùm subtilis nimis erat hæc constitutio, ideo ista omnia emendavit *Imperator*, uti mox audiemus.

§. Sed nec Hujusmodi. 27.

Ista omnia, quæ incertis personis, & posthumis alienis hactenus diximus, olim obtinebant. *Justinianus* autem ea correxit, aitque hic illam correctionem in codice reperiri, quod de priori codice intelligas, necesse est, nam in hodierno codice non extat; satis tamen est, eam correctionem in nostris institutionibus hic confirmari. Et licèt, quia prior codex intercidit, nihil certi de correctionis synopsi constet, in hoc tamen communiter DD. conveniunt, quòd primò in certæ personæ legari possit, modò tamen tale incerta persona, vel nunc vel in futurum possit, certificari nequeat, voluntas est nulla. *Schamb. Manz. n.* 2. *Schneid. n.* 4.

Ad Vers. Tutor.

Licèt, ut dictum incertæ personæ legari possit; tutor tamen incertus dari non potest. Ratio est in textu; quia certò judiciò debet quis pro tutela suæ posteritati cavere. Ratio alia; quia testamentarius tutor liberatur à satisdatione, & ideò, quia fides à testatore satis probata præsumitur, quæ probatio in persona incerta locum habere non potest. *Manz. n.* 5.

§. Posthumus. 28.

Posthumus, inquit *Imperator*, alienus hæres institui & antè poterat, & nunc potest. Nam quòd possit, liquet: quia ut possit, constituit eâ constitutione, cujus suprà meminimus. Sed magnum exoritur dubium, quomodo *Imperator* hic possit asserere, & anteà posthumum alienum potuisse hæredem institui, cùm id *in* §. 26. *suprà h. t.* expressè neget?

Ego, ne inutili hac materia plus æquò me detineam, omissis aliorum conciliationibus, quarum IV. affert *Schamb.* puto hanc inter alias eminere: quòd posthumus alienus, & antè nunc potuerit hæres institui spectato Jure civili. *Harp. num.* 2. *hic.* & *Manz. n.* 4. Sensus ergo talis est: sicuti olim posthumus alienus potuit de jure prætorio hæres institui, ita nunc potest de civili.

Unus tamen casus excipitur, si scilicet posthumus sit in utero ejus mulieris, quæ de Jure nuptias contrahere vel uxor esse non potest: h. e. cum qua nemo de jure nuptias contrahere potest, sicut olim cum virgine Vestali; & hodie cum moniali.

Quantum autem ad legata attinet, ea posthumo alieno relicta neque de Jure prætorio, neque de Jure civili olim valebant. Ratio: quia prætor non prospiciebat legatis, sed duntaxat hæreditatibus. Et cùm Imperatori absonum videretur, potuisse hæreditatem alicui posthumo alieno relinqui, non verò legatum: fuit fortè hæc ipsa ratio, quæ ad correctionem eundem inflexit.

§. Si

§. Si Quidem. 29.

30 Nota, quid sit nomen, cognomen, prænomen, & agnomen, ut Publius Cornelius, Scipio Africanus. Prænomen est, quod nomini anteponitur, ut in dato exemplo *Publius*. Nomen, quo quis vocatur, uti *Cornelius*. Cognomen, quod in distinctionem familiarum assumitur. Agnomen, quod ab eventu, re gesta, vel alia de causa impositum est. v. gr. *Cicero à cicere, Scipio Africanus à devicta Africa. Schamb. hic. Harp. num.* 3.

Q. Si testator in nomine, prænomine, cognomine, aut agnomine erraverit, an legatum valeat? ℞. nihilominùs valere legatum, si de persona constat. Hinc si testator scripserit: lego Publio fratri meo, qui vocatur Marcus, legatum non vitiatur. Ratio est in textu: quia nomina significandorum hominum gratiâ reperta sunt, qui si alio quolibet modò intelligantur, nihil interest. Idem est, si in rei legatæ proprio vocabulo erratum fuerit, modò de re constet. Hinc si quis, fundum Sempronianum legaverit, qui vocatur Cornelianus, valet legatum, *l.* 4. *ff. de legat.* 1. quia de nomine non curatur, modo de corpore constet. *Harp. n.* 5.

Sed quid, si testator circa nomen appellativum erraverit, v. g. si quis, cùm vellet vestem legare suppellectilem adscripsit, vel pro equo bovem; ℞. quod tunc legatum vitietur, *d. l.* 4. quia nomina appellativa sunt inventa cum rebus, ac proinde immutabilia. Nam fundus, qui hodie Cornelianus fuit, potest cras Sempronianus esse: mutatò nimirum domino fundi. *Manz. num.* 4. & 5. Deinde talis error sapit stultitiam, proinde intolerabilis. *Schneid. n.* 4.

Sanè si nomina appellativa talia sint, quæ ab impositione civili originem habent, ut sunt artificum nomina, v. g. *pictor, pistor, &c.* error circa ea legatum non vitiat, v. gr. lego Titium pistorem, qui pictor est, quia ly pistor est per modum demonstrationis adjectus, quæ falsa non vitiat, uti §. seq. dicemus. *Schamb. Harp. n.* 12.

§. Huic Proxima. 30.

Sicut falso legatarii nomine, sic falsâ 31
demonstratione rei legatæ legatum non vitiatur. Quare, si testator ita scribat: Sticho servo, quem à Cajo emi, do, lego, licèt ab alio, quàm Cajo emerit, tamen utile legatum est, modo de servo constet. Idem est, si falsâ circumscriptione designet legatarium, v. g. Joanni Medicinæ Doctori centum do, lego: licèt, Joannes Jurisperitus sit, legatum valet. Ratio; quia de corpore si constet, de nomine vel demonstratione non curatur; & ubi constat de substantia, non curatur de accidenti. *l.* 34. *ff. de condit, & demonstr. Manz. n.* 3.

Dicta procedunt, nisi legati substantia deficiat. Hinc si dicat testator: lego 100. quæ in arca sunt, legatum non valet. *l.* 51. *ff. de legat.* 1. vel si dicat: lego Titio 100. quos mihi debet, si nihil debeat, legatum perit. *l.* 75. §. 2. *ff. eod. Schneid. & Schamb. hic. Harp. n.* 7.

§. Longe Magis. 31.

Nota, quòd causa exprimatur per 32
dictionem, *quia*. vel *quoniam*, Conditio vero per *si*, vel *cùm*. Modus vero per *ut*, quemadmodum diximus *in tit.* 10. *de nuptiis vers. secundum impedimentum dirimens est conditio.*

Quando igitur legatum relinquitur, adjectâ falsâ causâ, propterea non vitiatur, veluti si testator ita scribat: Titio, quia

quia negotia mea curavit, Stichum do, lego: vel ita; Titio, quia ejus patrocinio capitali crimine liberatus sum, centum do, lego; va et legatum, licèt Titius mea negotian on curavit, neque patrocinio suo me liberavit. *text. hic.* Ratio, quia legatum est mera liberalitas, & nullam requirit causam. *Schamb. hic.* Nisi testator præcisè vi & motivo illius causæ legasset; ita ut aliàs legaturus non fuisset, quod non præsumitur, sed hæredi probare incumbit *l. 72. §. falsam ff. d. t. Manz. n. 4. Schamb. loc. cit.*

Quòd si legatum relinquatur sub conditione, ita ut causa sit conditionaliter enunciata, tunc causa falsa vitiat legatum; deficiente enim conditione deficit legatum: veluti si Titius negotia mea in Italia curaverit, lego ei centum; hic si negotia non curaverit, legatum non accipiet ex dicta ratione.

Idem, quando non sub conditione, sed sub modo causa adjecta est; veluti lego Titio centum, ut hoc, aut illud faciat, Hoc legatum peti non potest, nisi modus, sub quo relictum est, fuerit adimpletus, *l. in fine. ff. de condit. & demonstrat. Schneid. n. 6. Harp. num. 7.*

In eo tamen maximè diversum est legatum sub conditione à legato sub modo. Legatum enim sub conditione perit, etiamsi conditio defecerit casu fortuito, aut tertii facto vel culpâ, vel quocunque alio modo. *l. 110. ff. de condit. & demonstrat. l. 4. Cod. de condit. insert.* Contrà, si per legatarium non stet, quòminùs impleatur modus, legatum debetur, & ad hæredem transit, veluti legato Titiæ relicto, ut alicui nubat, si is nolit Titiam ducere, legatum nihilominus eidem Titiæ debetur; sufficit enim per honorariam personam non stare, quominùs satisfiat modo, quocunque eodem casu contingat, facultatem implendi modum deficere: *l. 1. Cod. de his, quæ sub modo legata, &c. Harp. n. 8. hic.*

§. AN SERVO. 32.

Casus §. talis est: Titius hæres esto, servo autem Titii lego mille, Q. *An legatum valeat?* ℞. purè inutiliter legari, quia idem esset debitor & creditor, vel idem esset hæres & legatarius, quod implicat. Creditor esset, & legatarius, quia, quidquid servus acquirit, domino acquirit: debitor & hæres esset, quia ipse tanquam hæres illud debet præstare.

Dices: potest servus ante mortem testatoris alienari vel manumitti; ergò adhuc potest valere legatum. ℞. *neg. conseq.* Quia obstat regula Catoniana, quæ vult, quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescere.

Dixi *purè*: quia sub conditione tali servo legari potest; nam tunc attenditur eventus conditionis ante quem talis legati dies non cedit. *L. 5. §. 2. ff. quando dies legat. ced. Schamb. hic.*

§. EX DIVERSO. 33.

Q. An ex diverso valeat legatum à servo relictum domino, v. g. si servus hæres instituatur, & domino relinquatur legatum? ℞. valere: quia dominus idem hæres, & legatarius non fit. Sed dominus tantum est legatarius, non hæres, donec servus jussu domini hæreditatem adierit: adeòque si servus fuerit manumissus, ante quàm jussu domini hæreditatem adierit, servus sibi acquirit hæreditatem, & dominus manet tantùm legatarius. Planè servo adeunte jussu domini hæreditatem, legatum infirmatur: quia res in eum statum deducitur, ut idem sit hæres & egatarius *Perez. Inst. hic.*

§. AN-

§. Ante. 34.

Cùm hæredis institutio sit basis & fundamentum testamenti, ideò ante hæredis institutionem, olim nec legata, nec libertates relinqui poterant, exceptò testamentò militis. Quia verò Imperatori videbatur incivile, ordinem scripturæ sequi, testatoris verò voluntatem sperni, maximè cùm fideicommissa ante hæredis institutionem relicta valerent, statuit in *l. 14. Cod. de testam.* ante & post, & inter medias hæredum institutiones, legata, & multò magis libertates relinqui posse, *Schamb. & alii hic.*

§. Post Mortem. 35.

Olim post hæredis, legatariive mortem inutiliter legabatur; veluti cùm hæres meus mortuus fuerit Sempronio centum do, lego; aut Sempronio cum mortuus fuerit, centum do, lego. Ratio: quia olim regula erat: *Actio quæ contra nos viventes non cœpit, nec contra hæredes nostros datur.* Sed Imperator ista omnia correxit, & hujusmodi legatis firmitatem tribuit, ita, ut hodie talia legata ad instar fideicommissorum valeant, & ab hærede hæredis, vel legatarii exigi possint. *text. hic.*

§. Pœnæ 36. Et Fin.

33 Olim pœnæ nomine inutiliter legabatur. Dicitur autem pœnæ nomine legari, quod coërcendi hæredis causa relinquitur, quò magis aliquid faciat, vel non faciat; veluti si quis ita scripserit: *Sejus mihi hæres esto. filiam suam Titio in uxorem dato: nisi hoc fecerit, Sempronio viginti solvito*: vel ita, *Hæres meus, si servum Stichum non manumiserit, Titio* 10. *dato.* Tale legatum non valebat Ratio I. quia non debet esse in voluntate hæredis, ut legatum debeatur, vel non *l. 32. ff. de hæred. Inst.* II. Quia legata ex benevolentia, non odiò hæredis procedere debent.

Verùm hujusmodi scrupulositas Imperatori Justiniano non placuit, ideò constitutionem promulgavit *in l. un. Cod. de his, quæ pœnæ nomine, &c.* quà concessit posse pœnæ nomine legari. Ratio: quia reipub. interest, suprema hominum judicia exitum habere *l. 5. ff. quemadm. testam. aper.* Ratio alia, quia non videtur iniquum, ut is gravari possit, qui à testatore honoratus est. *Manz. n.* 10. *hic.*

Ad ỹ. Exceptis.

Excipiuntur tamen ea, in quibus adjicitur pœnæ præcepto tali, quod continet aliquid impossibile, vel legibus interdictum, aut aliàs probrosum. Veluti: *Titius hæres esto, & si cœlum non ascenderit, vel Danubium non ebiberit, dato Sempronio decem.* Hoc in casu etiam neglectò testatoris præceptò Titius hæres erit, & nihilominus relictos 10. servabit. Ratio: quia non fert ratio honestatis, eum præstare pœnam, qui non facit quod est extra ejus potestatem, aut jura facere vetant.

Similiter, si testator ita scribat; *si hæres meus liberos suos in testamento suo præterierit, Sempronio centum dato.* Hæc pœna non astringit hæredem; quia legibus interdicta; quæ autem contra leges sunt, nos facere non possumus. *l. 25. ff. de condit. Inst.*

Denique si testator ita scribat: *Nisi filiam tuam duxeris, nisi matrem tuam verberaveris, nisi in foro nudus saltaveris. Sejo* 20. *solvito*: non stringit hæc pœna, quia probrosa est, nam quæ lædunt pietatem, existimationem, & verecundiam, & generaliter quæcunque bonos contra mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. *d. l.* 15. *Manz. num.* 12. *& seqq. & Schneid. n.* 3.

Sed corruente tale legatum, an habetur conditio impossibilis pro non adjecta?

Liberè dixeris legatum valere, & conditionem impossibilem, aut probrosam haberi pro non adjecta. Ita apertè statuit §. *impossibilis* 10. *de hæred. Inst.* ubi scribitur, impossibilem conditionem haberi pro non adscripta in ultimis voluntatibus.

At contrarium verius est, nimirum legatum corruere. *text. hic. in fine hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.*

Ad §. impossibilis 10. R. *cum distinctione*: conditio impossibilis habetur pro non adjecta, si apponatur honorato. *con.* si gravato *neg.* Clariùs explicat. *Zoes. ff. de his quæ pœnæ nomine relinq.* ubi ait. *d.* §. 10. accipiendum esse de addita conditione ei, cui relinquitur, i. e. honorato; hunc enim privari legato ex eo, quòd conditionem non adimpleverit, iniquum est, cùm non stet, per eum, quòd conditionem non adimpleat, sed per rerum naturam, vel per rei turpitudinem. Secùs est de conditione addita ei, à quo relinquitur, & qui jubetur præstare quid impossibile aut turpe, qui ideò non meretur pœnam, quia pœna culpam præsupponit, quæ hic nulla est. Vide etiam *Manz. num.* 18. & *Harp. num.* 14. qui uterque huic solutioni suffragatur.

TITULUS XXI.

DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM.

SUMMARIA.

1 *Quid ademptio legati?*
2 *Illa fit vel expressè, vel tacitè.*
3 *Quid sit translatio legati, & quot modis fiat?*

CUm nihil magis homini debeatur, quàm ut liber sit stylus voluntatis nostræ *l.* 1. *Cod. de sac. Eccles.* & ideò ultima voluntas sit ambulatoria usque ad extremum vitæ spiritum. *l.* 4. *ff. de adimend. legat.* Ideò testator legatum semel relictum iterum adimere vel transferre potest. Ademptio nihil est aliud, quàm *relicti, legati, vel fidei-commissi revocatio.*

1 Ista ademptio fit dupliciter. *Expressè & tacitè.* Expressè adimitur legatum quando testator verbis contrariis, vel quibuscunque aliis, queis revocatario voluntas sufficienter demonstratur, revocat; v. g.
2 *non do, lego,* &c. Illudque fieri potest tam in eodem, quàm in alio testamento imò etiam in codicilis: quia in legatis & fidei-commissis spectatur ut plurimum voluntas testatoris, quæ non minùs codicilis, quàm testamentis manifestatur. *Manz. n.* 5.

Illud observa, legata, nonnunquam 3 exceptionis, subinde ipsò jure adimi.

Ipsò jure adimuntur in eodem testamento, vel aliò testamento perfecto, vel codicilis perfectis. Opere exceptionis, sin posterius testamentum solenne & perfectum non fuerit. *Schneid. n.* 12. *Schamb. hic.*

Tacitè adimitur legatum, quando non ex verbis, sed ex facto aliquo voluntas testatoris revocatoria colligitur.

Quod tum contingit. I. si inimicitiæ inter testatorem & legatarium supervenerint, eæque graves vel capitales fuerint: quia per hujusmodi inimicitias aufertur

fertur benefaciendi voluntas, nisi reconciliatio intervenerit. *l.* 3. *§. ult.* & *l.* 22. *ff. de adimend. legat.*

II. Si rem legatam testator voluntariè alienaverit, *§.* 12. *de legat.* & *l.* 18. *ff. h. t.* tametsi à testatore res alienata redempta fit. *l.* 14. *ff. de adimend. legat.*

III. Exactione debiti legati; si enim testator nomen, quòd alicui legavit, à debitore exegerit, ademisse legatum præsumitur. *l.* 11. *§.* 13. *ff. de legat.* 3.

IV. Si legata destructa seu dissoluta fuerint ex voluntate testatoris. *l.* 65. *§. ult. ff. de legat.* 1. *Perez. hic. Harp. n.* 12. & *seqq.*

§. TRANSFERRI. I.

3 II. Modus adimendi legatum est *translatio.* Quæ IV. modis fit. I. De persona legatarii in legatarium, veluti fundum quem Titio legavi, nunc Sejo do, lego. II. De persona ejus, qui jussus est dare, ut alius det; veluti, quod legavi à primo hærede, nunc lego à secundo. III. De re ad rem, veluti quando testator pro fundo legato, jubet dare 100. aureos. IV. De præsenti tempore in conditionis eventum, ut quando id, quod purè relictum est, transfertur sub conditione. *Schneid. n.* 26.

Quid si translatio de persona in personam fiat, & ille, in quem transfertur, non sit capax legati? ℟. nihilominus priori legatum adimi. *l.* 34. *ff. de legat.* 1. quia translatio involvit ademptionem; ergò si non valet in vim translationis, valebit saltem in vim ademptionis, juxta illud: *Si id quod ago, non valet, ut ago, valeat saltem, ut valere potest. Manz. num.* 4. *hic.*

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

SUMMARIA.

1 *Quare Falcidia lex lata sit?*
2 *Quid lege Furiâ, vel Voconiâ obtinuerit?*
3 *Quale tempus in assignanda legitima inspiciatur?*
4 *Quomodo fiat computatio falcidiæ?*
5 *Quæ imputentur in Falcidiam?*
6 *In quibus causis Falcidia locum habeat?*

CONNEXIO.

Dictum est in *præced. tit.* quòd testator possit non solùm diminuere, sed etiam in totum adimere legatum, & in alium transferre. In hoc *tit.* declarat *Imperator*, qualiter, & quando per ipsum hæredem legata per testatorem relicta diminui possint. *Schneid. hic. num.* 1.

AD PRINCIP.

Ad intellectum hujus principii scias velim, olim ex lege *XII. Tab.* adeò liberam fuisse testandi, legandive scientiam, ut testator totum suum patrimonium legatis exhaurire potuerit; verba enim legis *XII. Tab.* ista erant: *Uti quisque legasset de re sua, ita Jus esto l.* 120. *ff. de V. S.* Verùm quia propterea multi intestati decedebant, quòd hæredes instituti videntes se nihil aut parùm ex testamento consecuturos, & nolentes absque emolumento subire onera aliena, repudiabant hæreditatem. Ideò huic malo ut occurreretur, in gratiam testatorum, ne intestati morerentur, tres leges testamentariæ ad coercendam nimiam 1

 legendi

2 legendi licentiam sunt latæ. I. Erat lex Furia, à Furio inventa, qua cautum erat, ne uni legatario plus relinqueretur, quàm mille aurei. Verùm huic legi facilè fraus fiebat: nam si quis v. g. quinque millia aureorum bonis habuisset & scripsisset 5. legatarios, & cuilibet mille reliquisset, hic testator in legem Furiam non incidebat,& tamen patrimonium exhauriebatur legatis, ita ut hæres ob nihil lucri hæreditatem repudiaret,& testator intestatus decederet.

Ideò cùm lex Furia frequenter eluderetur, lata est lex Voconia, à Voconio inventa, qua cautum erat ne plus legatarius, quàm hæres haberet; sed hæc lex facilè eludebatur. Nam si quis, cùm centum solidos in bonis haberet, hæredem Sempronium instituisset, & 99. legatarios scripsisset, hic legem Voconiam non transgrediebatur testator, & tamen faciebat locum repudiationi, quia fortè hæres ob unicum solidum hæreditatem adire noluit.

Quare cùm neutra lex ex istis duabus sat cauta fuisset, ideò novissimè lata est lex falcidia, non à falcando, sed à Falcidio tribuno plebis dicta, qua cavetur, ne plus legare liceat, quàm dodrantem totorum bonorum, i. e. 9. uncias, remanente quadrante apud hæredem, sive unus sive plures instituti fuerint, *l. I. ff. ad. leg. Falcid. & text. hic.*

Itaque duo capita in se continet lex Falcidia. I. Conceditur libera potestas testandi & relinquendi legata usque ad dodrantem.

Altero cavetur, ut ultra dodrantem legare nemo possit: vel si plus legatum sit, IV. pars legatis defalcetur, eamque retineat hæres. *d. l. I.*

§. Et Cum I.

In hoc §. ponitur talis casus: quidam cùm haberet in bonis 400. aureos, instituit duos hæredes Titium, & Sejum, deinde nominatim à Titio legavit,dicens: *damno te Titi, Sempronio dare* 200. *aureos vel* 190. à Sejo verò nihil specialiter legavit, vel tam parùm legavit, ut legatum portionem Seji tantam, vel vix diminueret, ut adeò ei adhuc restent 100 aurei.

Quæstio nunc est an, quia portio Titii tota legatis est exhausta (si videl. ponamus legatos fuisse ab eo 200. aureos) aut supra modum onerata, (si ponamus ab eo legatos esse 190. aureos) an possit Sejus de legato Sempronii aliquid defalcare? Videri potest quòd non Ratio: quia dictum suprà, sufficere, ut quarta pars apud hæredes maneat, sive unus sive plures fuerint sed in nostro casu manet adhuc quarta pars, nimirum centum aurei Sejo legati; ergò.

Sed hôc non obstante, ℞ Titium posse tantum deSempronii legato detrahere, ut quartam partem suæ portionis, scilicet 60. aureos salvos habeat. *text. hic. & in l. 77. ff. h. t.* Ratio quia in singulis hæredibus ratio falcidiæ ponenda est.

Non obstat ratio dubitandi, quia procedit tunc tantùm, quando simpliciter legata relinquuntur; ut si testator Titio & Sejo hæredibus in 400. aureis institutis sic scribat: Sempronio 300. aureos do, lego. Hoc enim casu non magis gravat unum, quàm alterum, & quilibet habet salvam quartam falcidiæ.

§. Quantitatis. 2.

Ut exactè sciatur, quæ sit quarta ex lege falcidia, competens universa patrimonii quantitas diligenter spectari debet, h. e. quantum in bonis habeat testator.

Verùm

Verùm cùm frequenter accidat, ut bona testatoris tempore mortis minora vel majora sint, quàm tempore aditæ hæreditatis; ideò hic.

3 Q. *Quale tempus in ratione legis Falcidiæ ineundâ considerari debeat?* ℞. quod quantitas patrimonii spectetur tempore mortis. Ratio quia legata cedunt à tempore mortis, & ipsô jure minuuntur per falcidiam. *l.* 37. *§.* 5. *& l.* 26. *ff. ad leg. falcid.* Sicut ergo debitum nec augetur, nec minuitur, si debitoris bona augeantur, vel minuantur; ita legatum post tempus mortis nec augetur, nec minuitur.

Ex quo infertur si inter mortem & aditam hæreditatem quid vel accessit, vel decessit bonis hæreditariis, id totum hæredi, non legatariis decedere vel accedere. Ut res magis clarificetur, fac: quod aliquis tempore mortis tantùm 100. aureos in bonis habuerit, & 100. aureos adeòque omnes legaverit. Hoc in casu extra aleam dubitationis positum est hæredem posse ex ratione falcidiæ detrahere 25. ita ut 75. legatario restituat. Sed quid si intermediô tempore ante aditam hæreditatem tantum accesserit hæreditati: (fortè per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum) ut hæres quartam falcidiæ haberet, licet nihil de legatis 100 aureis detrahat? ℞ hæredem detrahere falcidiam de 100 aureis legatis, i. e. 45. aureos, & una cum istis omne lucrum retinere. Ratio: quia omne commodum & incommodum hæreditatis à morte testatoris ad hæredem velut ad dominum pertinet, non ad legatarios. *Manz. num.* 4. Et hoc in casu, quo post mortem testatoris hæreditati aliquid accessit: Jam.

Fac ex diverso, quòd is, qui 100. aureos in bonis habuit, tantùm 75. legaverit, hoc in casu iterum extra dubium est, quòd hæres nihil ampliùs possit defalcare à legatis: quia suam quartam salvam habet. Sed quid, si antè hæreditatem aditam tantum decesserit de hæreditate, (fortè incendiô ædium, naufragiô mercium, morte servorum) ut non ampliùs, quàm 75. aurei, vel multò minus supersit? ℞. quòd hæres nihil ampliùs possit detrahere, sed teneatur solida legata præstare. Ratio: quia qui sentit commodum, sentiat & onus, & imputet sibi, quòd non citiùs adierit hæreditatem *Manz. n.* 5.

Dixeris: sic erit nimis damnosum, & molestum hæredi legata integra solvere, & nihilominus molestias percipere. ℞. hoc ei damnosum non esse: quia liberum est hæredi non adire hæreditatem; proinde consultum est legatariis, tali in casu pacisci, sive transigere cum hærede, ut is acceptâ aliquâ portione hæreditatem adeat, & legata præstet, ne fortè non adita hæreditate nihil illi consequantur. *Harp. n.* 3. *hic.*

§. Cum Autem. Fin.

Q. in hoc §. Quomodo computatio, & ratio legis falcidiæ ineunda sit? ℞. 4
Imperator, quòd, quando ad divisionem venitur, ut constet, quantum hæredi nomine Falcidiæ, & quantum legatariis nomine legati debeatur, ante omnia deducendum sit I. Æs alienum. II. Funeris impensæ; hæ enim æri alieno comparantur. III. Prætia servorum manumissorum, sive pretia pro servis redimendis relicta. Ratio est favor libertatis.

His omnibus deductis tunc demum spectandum est, quantum supersit, id enim patrimonium putatur. Igitur ex residuo quadrans, sive quarta pars hæredi relinquenda, tres verò partes inter legata-

legatarios pro rata portionis legatæ distribuendæ sunt. *Harp. hic. n.* 10. quod ut clarius fiat.

Pone: testator deductis deducendis 400. aureos habuit in bonis, & 400. aureos legavit. Hic quarta pars suæ partis singulis legatariis detrahitur, ita, ut hæres 100. aureos consequatur, & legatarii 300.

Rursus finge: testator, qui 400. aureos in patrimonio reliquit, 350. adeòque supra dodrantem, legavit. Hoc casu primùm hæres ex voluntate testatoris, detrahit octavam, id est 50. aureos, qui ex 400. supersunt, & octavam partem 400. aureorum efficiunt. Deinde hæres etiam ex beneficio legis legatariis singulis pro rata portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit tantùm detrahit, ut alia 50 atque sic in universum 100. quartam scilicet partem bonorum defuncti habeat.

Iterum & denique pone: testator, qui 400. aureos in bonis habuit, aureos 500. legatis erogavit. Hic primò omnium quinta pars, h. e. 100. aurei, qui patrimonium excedunt detrahuntur, quibus detractis adhuc 400. supersunt: postea singulis legatariis quarta pars suæ partis institutionis aufertur, quæ nomine Falcidiæ cedit. *text. hic.* & *Harp. n.* 1.

Et ista sunt, quæ pro declaratione *textûs* observari oportet. Lubeat modò rupto ordine nonnihil altiùs in hanc materiam excurrere. Itaque,

5 Q. *quæ imputentur in Falcidiam?* ℞. ea duntaxat imputari, quæ jure hæreditario ad hæredem pervenerunt. Sive, ut clariùs loquar, quæ hæres accipit, *quà hæres*. Unde id, quod jure legati, fideicommissi, aut conditionis implendæ causâ accipit, v. g. si testator dixit: *lego Cajo* 100. *ut hæredi meo Sejo* 100. *solvat*, si Cajus 100. solverit, hi non imputantur in Falcidiam. *Manz. de testam. tit.* 12. *q.* 43. *n.* 13. & *text. apert. l.* 91. *ff. ad leg. Falcid.* ubi Martianus in hæc verba respondit. *In quartam hæreditatis, quam per legem falcidiam hæres habere debet imputantur res, quas jure hæreditario capit, non quas jure legati, vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causâ accepit; nam hæ in quartam non imputantur, sed in fidei-commissaria hæreditate restituenda; sive legatum, vel fidei commissum datum sit hæredi, sive præcipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur.* En in hoc *textu* aperta *differentia* statuitur interFalcidiam & Trebellianicam, videl. Ista, ut in Falcidiam ea duntaxat imputentur, quæ hæres jure hæreditariò capit: in Trebellianicam autem etiam ea, quæ ex voluntate testatoris proveniunt, imputentur. Sed quæ est *ratio differentiæ*? *Harp. n.* 14. hanc assignat: quia lex falcidia quartam hæreditatis partem apud hæredem manere jubet; ergò nihil, quod non est hæreditarium, poterat in falcidiam imputari: SCtum verò Trebellianum voluit simpliciter apud hæredem remanere quartam ex fidei comm ssis; ergò quidquid fidei-commissi nomine hæres habuerit, id ei in quartam partem imputabitur. Ut ut suâ non careat soliditate hæc differentiæ ratio, mihi tamen non placet: proinde istam assigno; quia scilicet penes hæredem legatis gravatum totum onus hæreditatis manet. non verò penes hæredem fidei-commisso gravatum, cùm hic actiones tam activas, quàm passivas, in fidei-commissarium transmittat, & tantùm quoad quartam Trebellianam onus i. e. actiones sustineat. Adeòque prior meritò sublevatur, ut ea duntaxat imputet, quæ jure capit hæreditariò. *Zoes. ff. ad SCt. Trebell. n. ult. Perez. Inst. de fidei-comiss. hæred. & ad SCt. Treb.*

Dices:

Dicas: Legata & fidei-commissa hodie per omnia exæquata sunt; ergò sicuti in falcidiam tantùm ea imputantur, quæ hæres jure hæreditario capit, ita, & in Trebellianicam. ℞. *dist. ant.* legata & fidei-commissa particularia per omnia exæquata sunt *conc.*, universalia, *neg.* Trebelliana autem de tucitur à fidei-commisso universali. *l.* 1. & *tot. tit. ff. ad SCt. Trebell. Harp. n.* 15. *hic.*

6 Q. II. *In quibus causis falcidia locum habeat?* ℞. non tantùm locum habere in legatis, sed etiam I. in fidei-commisso particulari. Ratio: quia legata & fidei-commissa particularia per omnia exæquata sunt, *l.* 1. *ff. de leg.* 1. *Schneid. n.* 14. *Harp. prin. h. t. n.* 14. *Dissent. Zoës. ff. ad leg. Falcid n.* 7. II. In donatione mortis causâ: si hæres non habeat quartam *l.* 5. *Cod. h. t.* III. In legatis ab intestato præstandis. *l.* 10. *Cod. h. t.* IV. In donatione inter vivos, quæ morte confirmantur. *l.* 12. *Cod. eod.* ut est regulariter in donatione inter virum & uxorem, quæ non valent, nisi morte confirmentur. *l.* 25. *Cod. de donat. int. vir. & uxor. Schneid. loc. cit. n.* 12. *Zoës. n.* 4. & 5. *loc. cit.*

Q. III. *An non lex Falcidia aliquando cesset?* ℞. in multis casibus cessare. I. Ratione privilegii in milite testante. *l.* 7. *Cod. h. t.* II. Facto testatoris si hodie expressis verbis detractionem hanc prohibuerit. *Nov.* 1. *cap.* 2. & *auth. sed cùm testator. Cod. h. t.* Dixi *hodie*; olim enim hanc detractionem prohibere non poterat, *l.* 15. §. 1. & *ult. ff. h. t.* Ratio, quare hoc in casu jus vetus correctû sit, est hæc, ut rata & inviolata servetur testatoris voluntas, *d. Nov.* 1. *§. si verò expressim.*

Dices: Sic hæres non adibit hæreditatem, & per consequens voluntas testatoris corruet. ℞. quòd in casu recusantis hæredis adire hæreditatem admittatur substitutus, legatarii, fidei commissarii, venientes ab intestato, &c. *Zoës. ff. h. t. n.* 29.

III. Cessat detractio falcidiæ: factò hæredis, si non fecerit inventarium & hæreditatem adierit. *L. fin.* §. 12. *Cod. de Jure deliber.* Ratio: quia jura præsumunt ab hærede jam fuisse detractam falcidiam. *Zoës. loc. cit. n.* 73.

IV. Si scienter integra legata solverit, putans, se teneri de jure. *l.* 1. *Cod. h. t.* Dico *scienter*: nam ignorantia dabit repetitionem, quatenus est facti, quia hæc probabilis est; si fuerit ignorantia juris, cessat repetitio, hæc enim improbabilis & intolerabilis est. *l.* 9. *Cod. h. t. Zoës. n.* 38. & *Schneid. n.* 20. *hic.*

V. Si dos prælegata fuerit uxori à marito. *l.* 57. *ff. h. t.* Ratio: quia uxor recipiendo legatum dotis, recipit id, quod suum est. *Schamb. hic. Zoës. n.* 42.

Illud observa procoronide, quòd proptereà, quia legata aliqua à detractione Falcidiæ immunia sunt, reliqua legata non graventur, sed falcidia de iis duntaxat pro rata detrahatur. Ratio; quia aliàs privilegium concessum aliquibus legatis nihil operaretur. *Schamb. in fine hic.*

TITULUS XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS, ET AD SCTUM TREBELLIANUM.

SUMMARIA.

1 *Fidei-commissa alia sunt universalia, alia particularia.*
2 *Quid sit fideicommissum universale?*
3 *Olim fidei-commissa non valuere.*
4 *Hodie non possunt relinqui, nisi capacibus testamenti factionis passivæ.*
5 *Relinquuntur testamentò, Codicillis, & ab intestato.*
6 *Si in testamento relinquantur, necessaria est directi hæredis institutio.*
7 *Possunt pure, sub conditione, & ex certo tempore relinqui.*
8 *Fiduciarius hæres etiam post restitutam hæreditatem hæres manet.*
9 *Quid sit quarta Trebellianica?*
10 *Si hæres fiduciarius non velit sponte adire hæreditatem, potest cogi.*
11 *Cessat Trebellianica, si hæres in certa aliqua re particulari institutus est.*
12 *Quomodo ab intestato relinquantur fidei-commissa?*
13 *Fidei-commissarius, si restituere rogatus est, an etiam deducat Trebellianicam?*
14 *Quando fidei-commissum sine teste valeat?*

AD PRINCIP.

1 POstquàm actum est de institutione directa, & legatis, agendum modò de obliquâ & fideicommissis. Quia autem fideicommissa alia sunt *universalia*, alia *particularia*, ideò priori locô de universalibus nobis sermo erit.

§. SCIENDUM. I.

UNiversale fideicommissum est: 2
Quando universum patrimonium per interpositam personam alicui relinquitur: ùt, quia testator primo locô instituit directum hæredem, & ejus fidei committit, ut retenta quarta aditam hæreditatem alteri restituat, qui vocatur *fideicommissarius hæres*; qui autem rogatus est restituere, vocatur *fiduciarius hæres*. *Schamb. hic.* Jam in ordine ad nostrum §.

Sciendum, olim omnia fideicommissa infirma fuisse. Ratio est in *textu*; quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat.

Relinquebantur autem fideicommissa 3
solùm iis, quibus aliàs directè in testamento aliquid relinqui non potuit, v. g. *spuriis, incestuosis, deportatis, peregrinis*, &c. Et si tali personæ per verba obliqua ab hærede quid relictùm fuerit, non tenebatur ullo vinculô juris ad restitutionem, sed tantùm pudore quodam; quia turpe saltem erat, & grave, fidem fallere. Propter quam rationem postea D. *Augustus* semel atque iterum jussit, ut consules suam authoritatem interponerent, & *cogerent fiduciarios hæredes fideicommissariis* præstare ea, quæ rogati essent restituere. *text. hic.* Ergò.

Sed circa hunc §. hodie duo sunt immutata. 4
I. Ut fideicommissum non liceat relinquere iis, qui directò hæredes institui nequeunt, *l. 1. Cod. de hæred. Inst.* Ratio: quia legata & fideicommissa per omnia exæquata sunt. Sed legare non licet nisi

nisi iis, cum quibus est testamenti factio. §. 14. *Inst. de legat.*

II. Hodie non amplius extra ordinem per implorationem officii nobilis persequimur fideicommissa, sicut olim, sed ordinariis actionibus, videl. fideicommissum universale per fideicommissariam petitionem hæreditatis. *tot. tit. ff. de fideicommiss. pet. t. hæred. Manz. n.* 17.

Dices: Si hodie personis incapacibus non possunt relinqui fideicommissa, tunc erunt omninò inutilia: nam ad quid vellem capacem per obliquum instituere, quem possum directè instituere? Resp. ad hoc fidei-commissa prodesse, quia hæreditas directò ex certo tempore non potest relinqui, §. 9. *Inst. de. hæred. Inst.* potest tamen relinqui per fideicommissum, v. g. *ut post decennium Titio restituatur. Manz. n.* 18.

§. IN PRIMIS. 2.

5 Fideicommissa trifariam relinqui possunt: *Testamento*, *Codicillis*, & *ab intestato.* De fideicommissis, quæ testamento relinquuntur, agitur in *h. tit.* De illis, quæ codicillis relinquuntur, agitur in §. 2. *infra de codicill.* de iis verò, quæ ab intestato relinquuntur, agitur in

6 §. 10. *infrà h. t.* Et quidem, si quis velit in testamento relinquere fideicommissum, opus est, ut aliquis directus hæres instituatur, qui adeat hæreditatem. Ratio; quia institutio hæredis est caput & fundamentum testamenti, quo corruente totum testamentum corruit, consequenter etiam fideicommissa corruunt. *Manz n.* 6. Formulæ verò fideicommissi tam universalis quàm particularis sunt variæ. Hodie verborum solennitas non attenditur, sed quælibet verba voluntatem testatoris declarantia ad fideicommissum apta videntur *l.* 2. *Cod. commun. de legat.* Si quis tamen ita dixerit: *commendo tibi Titium*, non erit fideicommissum. *arg. l.* 78. §. 8. *ff. ad SCtum Trebell.* Non tamen necesse est, ut testator totam hæreditatem per fideicommissum relinquat; nam & de parte restituenda hæredem rogare poterit. Idem enim juris de parte, quod de toto. *l.* 76 *ff. de R. V. Harp. n.* 6. & 7.

Quin, & liberum est testatori vel purè, vel sub conditione, imò ex certo 7
die, v. g. *rogo te hæres, ut post quinquennium hæreditatem Titio restituas*, relinquere fideicommissum, *text. hic.*

Dices: Non potest alicui ex certo die relinqui hæreditas directò, ut suprà §. 9. *de hæred. Inst.* traditum; ergò nec per fideicommissum. Resp. *conc. ant. neg. conseq.* Ratio disparitatis: quòd in institutione directa, decederet quis pro parte testatus, pro altera intestatus, quod est contra regulam juris, *in l.* 7. *ff. de R. J.* In fideicommissaria id non fit: Hæres enim institutus semper manet hæres, licèt hæreditatem restituat. §. *seqq.* Ratio rationis: quia hæredem esse, est juris, restitutio facti; Illa autem quæ sunt facti non tollunt ea, quæ sunt juris. *Schamb. Inst. hic.*

§. RESTITUTA. 3.

Tametsi fideicommissario restituta sit 8
hæreditas, is tamen, qui restituit, adhuc hæres permanet, ex dicta ratione: quia hæredem esse est juris, restitutio est facti; ea verò quæ sunt facti, non tollunt ea, quæ sunt juris, ergò & semel hæres nunquam desinit esse hæres, *l.* 7. §. 10. *ff. de minor.* Is verò, cui restituitur hæreditas, i. e. fideicommissarius, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.

Et quidem si tota hæreditas ei est relicta & restituta, tunc habetur *loco hæredis.* Si verò tantùm pars bonorum vel res

 particu-

particularis relicta est, habetur *loco legatarii. Harp. n. 5. & Manz. n. 3.*

Dices: Si hæres semper hæres permanet, sequitur, quòd adhuc sit obstrictus, & obligatus legatariis, & creditoribus defuncti, quòd ab iis possit conveniri, &c. Item quòd debitores defuncti sibi habeat obligatos, & solus ab iis debita exigere possit. ℞. sequelam omninò veram esse. Hæc tamen res correctionem accepit, ut mox audiemus.

§. Et Neronis. 4.

Quia hæres institutus, etiam restituta hæreditata remanebat hæres, cogebatur, omnia subire onera hæreditaria: & hinc fiebat frequenter, ut hæres hæreditatem adire recusaret: Ideò SCtum Trebellianum Neronis Imperatoris temporibus Trebellio Maximô, & Annæô Senecâ consulibus factum & cautum est, ut actiones omnes tam activæ, quàm passivæ, quæ aliàs spectatô jure, non nisi hæredi & in hæredem dabantur, fideicommissario & in fideicommissarium absque ulla cessione darentur. Quod quia in actionibus directis, utpote adhærentibus contrahentium assibus fieri non poterat: ideò Prætor SCtum de utilibus actionibus sentire, & has utiles, non directas ei, & in eum dandas esse, interpretatus est. Ex quo colligitur, quòd fideicommissarius, restitutione sibi ex hoc SCto factâ, hæredis loco sit. *Schamb. hic.*

Dices: Si directæ actiones manent penes hæredem, adhuc poterit convenire & conveniri. Resp. posse omninò, sed actionem directam exceptione restitutæ hæreditatis elidi. Et quidem, si totam hæreditatem fidei commissario restituerit, quoad totam hæreditatem exceptione hâc utetur. Si partem, pro parte restitutâ exceptione gaudet, quoad alteram partem ipse sustinebit onera. *Manz. n. 5. & 6.*

§. Sed Quia 5. & 6.

Etsi SCtum Trebellianum benè consuluerit hæredibus, eò quòd in fideicommissarium onera transferret: non tamen satis consulit testamento, & voluntati testatoris, & ipsi fidei-commissario. Nam quia hæredes scripti, cùm aut totam hæreditatem, aut maximam ejus partem restituere rogarentur, adire hæreditatem recusarent, ob nullum vel modicum lucrum fiebat, ut extinguerentur omninò fidei-commissa, & testatores sine hæredibus decederent. Hærede enim, hæreditatem non adeunte, destituitur testamentum, & neque legata, neque fideicommissa ampliùs valent. *l. 9. ff. de testam.* Quare posteà Vespasiani Augusti temporibus, cùm Pegasus & Pusio consulatum gererent, aliud SCtum factum est (ab authore suo Pegasianum dictum) quòd IV. capita continebat. I. Erat, quòd hæres rogatus poterat retinere quartam, & illam de fidei-commissis detrahere, sicut licet de legatis falcidiam detrahere. II. Quòd propter illam quartam, quam retinebat, solus onera hæreditaria ferebat, ita, ut fidei-commissarius pro legatario partiario, qualis ille fuit, cui pars bonorum legabatur, haberetur, nisi inter ipsum & fideicommissarium stipulationes de oneribus, & commodis hæreditariis utrinque pro rata dividendis, interpositæ essent, *text. hic.* III. Quòd rogato nolente retinere quartam, sed integram hæreditatem restituente, interponebantur per nummum imaginarium stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, per quas hæres directus reddebatur securus, nec cogebatur subire onera hæreditaria. Stipulatio autem inter emptorem & venditorem talis erat, quòd venditor promittebat admittere omnia onera hæreditatis.

tatis. IV. caput erat, quòd si hæres scriptus suspicabatur hæreditatem fortè damnosam, aut alia ex causa recusabat adire, ut varii sunt affectus & voluntates hominum, ac fideicommissarius postulabat, ut adiret scriptus hæres hæreditatem, poterat hic jussu Prætoris cogi ad adeundam, & restituendam hæreditatem. Quo in casu nullâ stipulationum formâ opus erat. Statim enim securus reddebatur, cùm omnes actiones transirent in fidei-commissarium, & ipse coactus hæreditatem adiisset. Verùm ista omnia exoleverunt; uti mox patebit: proinde non multùm attendenda.

§. SED QUIA 7.

Diximus in §. *præced.* IV. olim fuisse capita SCti Pegasiani; sed *Imperator* hic explicat, quatenus retentò primò & quartò capite, ea in SCtum Trebellianum transfuderit, atque ex duobus SCtis unum fecerit, quod Trebellianum vocari jussit: ratio est in textu; quia ~~istæ~~ stipulationes & ipsi antiquitati displicebant, utpote captiosæ.

9 *Quid ergo hodie obtinet* ? Resp. si scriptus hæres sponte adiens hæreditatem rogatus fuerit, aut totam hæreditatem, aut supra dodrantem restituere, licitum est ei, vel quartam totam, vel quod quartæ deest, ex constitutione Imperatoris retinere (quæ proin vocatur quarta Trebelliana) aut si eam fideicommissario per errorem facti solverit, repetere; quo in casu pro rata portione actiones & onera inter hæredem & fideicommissarium dividentur. *text. hic.*

AD ỳ. SI VERO.

Si hæres sponte totam hæreditatem restituat, non retentâ quartâ, tunc omnes actiones hæreditariæ in fideicommissarium transeunt, & hæres ab omnibus oneribus est liber, quia tunc fideicommissarius locò hæredis est.

AD ỳ. SED ETIAM.

Colliges ex hoc ỳ. quòd hæres scriptus, si recusaret hæreditatem adire, petente fideicommissario cogi possit adire, & sibi totam hæreditatem restituere: ita tamen, ut omnes actiones ad fideicommissarium, & contra eum transferantur. 10

Ubi tamen observa, tria concurrere debere, ut hæres cogi possit ad adeundam hæreditatem.

I. Quòd fideicommissarius caveat hæredi de resarciendo damno, si aliquod incurrat ex aditione hæreditatis. II. Quòd fideicommissarius sit capax fideicommissi. Nam hodie fideicommissum relictum ei, qui non habet testamenti factionem passivam, non valet, sed defertur tunc ad fiscum *Schneid n.* 10. *hic.* III. Quòd sit fideicommissum universale, non autem particulare; quia legatarius non potest cogere hæredem, ut adeat hæreditatem. *l.* 16. §. *& generaliter ff. ad SCt. Trebell. Schneid. loc. cit. hic.*

§. NIHIL 8.

Quæ diximus obtinere in restitutione fideicommissorum, si quis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur, eadem quoque obtinet, si quis ex parte hæres institutus totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur, v. g. Si testator ita scribat: *Sejum in quadrante hæredem instituo, & rogo te Sei, ut illum quadrantem, quàm primùm adieris, Mævio restituas.* In hoc casu æquè potest quartam partem de quadrante deducere, vel totum quadrantem fideicommissario restituere, & in eum molestias & onera rejicere. Ratio, quia quod in toto, quoad ipsum totum sancitum est, idem in parte

 quoad

quoad partem ipsam censendum. Si itaque quadrans ille conficeret, & contineret 800. fl. posset hæres 200. retinere, reliquos cum suo onere Mævio restituere. *Manz. hic.*

§. SI QUIS UNA. 9.

11 Si quis unâ aliquâ re particulari deductâ, quæ quartam continet, jubeatur reliquum restituere, ut si testator dicat: *Sempronium hæredem instituo, & rogo te Semproni, ut acceptâ vel deductâ re singulari, v. g. domo, hæreditatem Titio restituas:* non potest aliam quartam deducere, sed perinde tenetur restituere, ac si quartam nomine hæreditario haberet: *text. hic.* Ratio: quia æque multum, imò plus lucri habet.

AD V. SED ILLUD.

In hoc tamen differt fidei-commissarius, qui certam aliquam rem pro Trebelliana deducere jussus est, ab illo, qui jussus est, à tota hæreditate suam quartam detrahere, quòd prior habeatur locò legatarii, ita, ut habeat illam rem absque omni onere hæreditario, posterior non etiam: quia scinduntur actiones & pro dodrante transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante verò remanent apud hæredem. *text. hic.*

Quid si hæres jussus est unam certam rem deducere in qua maxima pars hæreditatis continetur? ℞. quòd adhuc legatarius eam sine omni onere habeat, ita ut omnia onera & actiones in fideicommissarium transferat, ne tamen invitus oneribus subjiciatur, potest fideicommissarius deliberare, an expediat sibi reliqua bona cum onere restitui. *Schneid. & Manz. hic.*

§. PRÆTEREA. 10.

12 Actum de fideicommisso relicto in testamentis. Sequitur de eo, quod ab intestato relinquitur, v. g. *Si quis hæredem ab intestato successurum in codicillis roget, ut hæreditatem vel totam partem alteri restituat.* Quo casu etiam SCto Trebelliano locus erit. Ratio vero dubitandi videtur fuisse ea, quòd nemo debeat gravari, qui non est honoratus: hæredes autem ab intestato non videntur esse honorati. Verum ℞. quòd etiam hos testator honoret, eò quòd alium per testamentum non instituat, quemadmodum posset. *Schamb. hic.*

Non tantùm fideicommissa, sed etiam legata hodie ab intestato relinqui possunt: quia legati & fideicommissi natura confusa est. Dico *hodie*: olim enim legata ab intestato relinqui non poterant, quia erant accessoria ad testamentum: adeòque sine principali non potuere subsistere. *Manz. n. 6. & 7.*

§. EUMQUOQUE 11.

Ipse quoque fideicommissarius rogari potest, ut id rursus, quod sibi relictum vel pro parte vel in totum, vel etiam aliud quid restituat alteri. Ratio nulla est alia, quàm ut custodiatur voluntas testatoris. Et hoc hodie frequenter fit in fideicommissis perpetuis familiæ; ubi specialiter senior de familia gravatur fideicommissum in familia conservare, & post mortem suam alteri futuro seniori restituere. *Manz. n. 3. & 4.* 12

Q. *An etiam tunc fideicommissarius iterum quartam detrahere possit? Resp. negativè;* tum quia non est textus, tum quia ratio inductiva quartæ cessat, cùm jam sit adita hæreditas, & sic testator non moriatur intestatus. Limitatur, si hæres fiduciarius in gratiam fideicommissarii eam non detraxerit; tum enim is detrahere poterit. *l. 1. §. Neratius 19. ff. d. t. Schamb. hic.* 13

§. Ex

§. Et Quia Finalis.

14 Proponitur in hoc §. jus novum à *Justiniano Imperatore* introductum, videlicet fideicommissum etiam sine testibus, aut scripturâ relictum valere, de quo extat *in l. ult. Cod. de fideicommiss.* Nam ante hanc constitutionem fideicommissa, non nisi 5. testibus munita relinqui poterant. *L. ult. §. ult. Cod. de Codicill.* Ex illa autem constitutione talis potest figurari casus.

Testator vocavit ad se suum hæredem, ab intestato, vel cùm jam antea fecisset testamentum hæredem, in eo institutum & illum rogavit remotis omnibus arbitris, ut Sempronio post testatoris mortem totam hæreditatem vel partem aliquam restitueret. Sempronius id rescivit, & mortuo testatore ab hærede fideicommissum petit, hæres negat fuæ fidei quidquam commissum esse. Sempronius quia sine scriptura, & testibus fideicommissum relictum est, sufficienter id probare non potest. Q. quid juris? Resp. quòd fideicommissarius Sempronius possit hæredi deferre juramentum, præstitô tamen prius juramentô calumniæ, quod semper cogitur præstare is, qui alteri defert juramentum. *l. 34. §. qui jusjurandum ff. de jurejur.* Et tunc aut cogitur hæres jurare, non esse relictum fidei-commissum, aut solvere; nec potest tale juramentum fideicommissario referre, sed recusans jurare, habetur pro confesso. Item non potest confugere ad solennitates juris civilis, & opponere, quòd voluntas testatoris non fuerit solennis propter mendacium præcedens. *d. l. fin.*

Si verò ab initio confitetur fideicommissum relictum esse, sed excipit de minùs solenni voluntate, tunc auditur. *l. 25. Cod. de fideicommiss. Schneid. hic.* in foro tamen poli fideicommissum præstare tenetur, quia constat de voluntate testatoris, ex qua consurgit obligatio naturalis.

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS

SUMMARIA.

1 *Definitur fideicommissum particulare.*
2 *Non tantum res sua, sed etiam aliena legari potest.*
3 *Libertas an per fideicommissum rectè relinquatur?*
4 *Quibus verbis relinquantur fideicommiss.*

1 Actû est de fidei-commisso universali, sequitur nunc de particulari. Est autem fidei-commissum particulare, *quando res aliqua singularis, ut equus, scyphus, &c. per interpositam personam alicui relinquitur.* Hôc fidei-commissô particulari gravari potest non tantùm hæres, sed etiam *fidei-commissarius tam universalis, quàm particularis, & in genere omnis, qui honoratus est, etiam legatarius,* quamvis olim à legatario legari non poterit. Ratio: quia legata imperative, v. g. *jubeo, mando, damnas esto, &c.* fideicommiss. precativè relinquuntur, soli autem hæredi imperare, rogare autem quemlibet possumus. Dixi *olim*, cùm enim hodie legata fidei commissis exæquata sint, § 3. *Inst. de leg. l. 2. Cod. commun. de leg. etiam à legatario legatum relinqui potest. Schamb. & alii hic.*

§. Po-

§. POTEST AUTEM. I.

2 Sicut quælibet res in commercio testatoris sive hæredis, sive etiam aliena sit, legari; ita etiam eædem per fidei-commissum relinqui possunt; ubi si res aliena relicta fuerit, tenetur gravatus, sicut in legatis eam emptam, vel si redimi non possit, communem rei illus æstimationem præstare, ratio non est alia, quàm quod legata fidei-commissis exæquata sint. *Manz. n.* 4.

Illud tamen observandum est, quòd nemo in plus gravari possit, quàm à testatore *honoratus* est; unde si testator ita scripserit: Titio 40. do, lego; rogo autem te Titi, ut 100. restituas Cajo, quoad excessum ultra 50. fideicommissum inutile est. Ratio; quia nemo in plus g avari potest, quàm à testatore honoratus est. *text. hic.* Sed valetne fidei-commissum quoad 50. ℞. *affirmativè, ne utile per inutile vitietur. cap.* 37. *de R. J. in.* 6.

Ob. l. 70. §. 1. *ff. de legat.* 2. ubi dicitur: quòd si legator legaverit alicui certam quantitatem pecuniæ, & legatarium gravarit, ut alteri fundum aliquem, qui in valore suo quantitatis pecuniarum legatum excedit, restituat, non liberetur legatarius, si velit veram fundi æstimationem, vel tantùm partem fundi pro modo quantitatis legatæ præstare, sed teneatur ad fundum præstandum, licèt hic plus valeat, quàm quantitas legata; ergò potest quis in plus gravari quàm honoratus est. ℞. non mirum esse in casu *d. l.* 70. §. 1. legatarium ad præstationem fundi teneri; quia accipiendo pecuniam eâ conditione sibi relictam, ut ex rebus suis aliquid præstaret, intelligitur per acceptationem pecuniæ rem suam non pluris æstimasse, quàm quanta illa pecunia est. Ideoque fundum præstando non censetur plus præstare; quàm ex testamento accepit. *Harp. n.* 5. *hic.*

§. LIBERTAS. 2.

Libertas quoque per fidei-commissum 3 relinqui potest non tantum servo proprio, sed etiam alieno; quo casu manumittere: quòd si autem venalis non sit, differtur quoad possit redimi & manumitti; dominus enim non tenetur eum vendere nisi ille ex judiciò testatoris quid acceperit, tunc enim eum vendere tenetur. Est autem differentia, an servo per legatum, an per fidei-commissum libertas relicta sit? Priori enim casu fit libertus testatoris, diciturque Orcinus aut Plutonicus, quasi libertus ejus, qui ivit ad Plutonem vel orcum.

Non potest autem directò dari libertas, nisi ei, qui & testamenti & mortis tempore in potestate testatoris est; qui enim per fideicommissum libertatem relictam habet, cùm eam per manus tertii acquirat, ejus libertus efficitur. *Schamb. hic.*

§. VERBA FIN.

Docet in §. *Imperator*, per quæ verba possint fidei commissa relinqui. Non 4 enim curatur, an sint præceptiva verba, ut *mando*, *volo* &c. vel rogativa seu precaria, *rogo*, *peto*, &c. quia potius voluntas, quàm verborum solennitas attenditur. Planè verba commendatitia vim fideicommissi non habent; aliud enim est personam commendare, aliud voluntatem suam fidei-committentis hæredibus insinuare. *Harp. hic.* Deinde debet certum aliud determinatè relinqui, quod non fit per verbum *commendo*. *Manz. n.* 5.

TITULUS

TITULUS XXV.
DE CODICILIS.

SUMMARIA.

1 *Quod sit Codicillus?*
2 *Codicilli fiunt cum testamento, & sine testamento.*
3 *Quomodo cum testamento fiant?*
4 *Item quomodo ab intestato.*
5 *Enumerantur requisita codicillorum.*
6 *Quæ sit differentia inter testamentum & codicillos?*
7 *In codicillis directè non potest dari hæreditas.*
8 *Quibus modis codicilli infirmentur?*
9 *An institutio hæredis in codicillis directè facta trahatur in fideicommissum?*
10 *Testamentum ob præteritionem nullum virtute clausulæ codicillaris sustinetur in vim fideicommissi.*

CONSTITUTIO.

1 HUcusque sufficiat dixisse de majoribus ultimis voluntatibus, quæ testamenta nuncupantur: Nunc sequitur de minoribus ultimis voluntatibus, quæ codicilli appellantur. Codicillus autem nihil est aliud, quàm *ultima voluntas minus solennis, absque institutione hæredis de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, coram 5. testibus declarata.* Ita accuratè *Schneid. n. 3.* Germano Idiomate codicillus definitur: *Ein Codicill ist ein Begriff eines letzten Willens, darinn kein Erb eingesetzt, noch die Zierlichkeit eines Testaments gebraucht, sonderen allein* Particular-*Geschäfft, von den Geschäfften, verordnet werden. Manz. hic. n. 2.* *

Kees ad Instituta.

(*) Quæ ultima verba, *sonderen allein* particularem dispositionem absque generali factam exprimunt.

AD PRINCIP.

In hoc principio traditur origo codicillorum. Nam ante Augusti tempora in usu non fuerunt: sed quia Augustus implevit voluntatem Lucii Lentuli, scriptam in codicillis, & filia Lentuli solvit legata per patrem in codicillis relicta; Augustus adhibuit in consilium Jurisconsultum Trebatium, cum quibusdam aliis sapientibus viris, an usus codicillorum esset recipiendus? Quibus visum est, non solùm utilissimum, sed etiam necessarium, propter magnas & longas peregrinationes, ut cùm testamenta, fortè propter deficientem numerum testium aliqui facere non possent, eis codicillos facere liceret. *Schneid. n. 8.*

§. NON TAMEN. I.

PRo pleniori hujus §. intellectu notandum est, codicillos duobus modis fieri posse: cum testamento, & sine testamento: 2

Cum testamento fiunt codicilli, quando quis facit & testamentum & simul codicillos. Quod tribus modis fieri potest. 3

I. Ante testamentum. II. Post testamentum. III. In ipso testamento.

Ante testamentum fiunt codicilli, quando testator primò fecit codicillos & posteà testamentum. Et licèt olim ante testamentum facti non valerent, nisi per testatorem in testamento seq. expressè essent confirmati, *text. hic.* Hodie tamen valent, sive ante, sive post testamentum conditum fiant. Ac etiamsi in testamento expressè non

 fuerint

fuerint confirmati, tamen ipso jure confirmari censentur, nisi expresse appareat testatorem mutasse voluntatem & eos revocasse. Ratio; quia præsumitur testator perseverasse in priori voluntate. Quod enim non mutatur, quare stare prohibeatur? *l. 27. Cod. de testam. Manz. n. 11.*

Post testamentum fiunt codicilli, quando primò fecit testamentum & postea codicillos, & si expresse in eo confirmantur, dicuntur esse confirmati in futurum; veluti si dicatur in testamento solenni: *Codicillos, quos faciam, valere volo*: confirmatio tamen necessaria non est, uti dictum.

In ipso testamento fiunt codicilli, quando quis facit testamentum, & simul in subsidium codicillos, ut tunc demum valeant codicilli; cùm testamentum non possit valere, ut testamentum: quia fortè sunt adhibiti tantùm sex testes; & adjecta est clausula codicillaris: *Si non valet jure testamenti, volo, ut valeat tanquàm codicillus, & omni meliori modo, quo valere, potest.* Ex quo.

Colliges differentiam inter codicillos ante testamentum, post testamentum, & in ipso testamento factos. Nam quando testamentum est nullum, tunc etiam codicilli ante & post testamentum facti corruunt, quia sunt accessorium, & omne coram jus ex testamento pendet. *l. 16. ff. de jure Codicill.* Codicilli verò in testamento i. e. in subsidium testamenti facti, irritò factò testamentò non corruunt, sed incipiunt tunc habere suam vim & firmitatem.

4 II. Fiunt codicilli sine testamento ab intestato, cùm testator simpliciter facit codicillos non conditò testamentò. Et isti codicilli per se stant, nec habent dependentiam à testamento, neque requirunt tacitam, vel expressam confirmationem in testamento, cùm sine testamento fiant, & vicem testamenti obtineant. Et sicut testamentum in scriptis & sine scriptura, ita codicilli ad similitudinem testamenti tam in scriptis, quàm sine scriptis fieri possunt; modò decedens convocatis 5. testibus exponat, & declaret, quid post mortem suam fieri velit. *Schneid. n. 28. Clariss. D D. Franz. Inst. hic. n. 5.*

Q. *Quid ergò ad codicillum requiratur, quæ solennitas, quæ forma?* R. I. requiri, ut is qui codicillatur, habuerit codicillandi potestatem. Potest autem ille solus, & illi omnes codicillos facere, qui & testamentum condere possunt, Unde qui testari prohibentur, etiam à potestate codicillandi coërcentur. *l. 6. §. 3. ff. h. t.* 5

II. Ut adhibeantur 5. testes: quia in omni ultimâ voluntate requiruntur ad minus 5. testes Non autem requiritur, ut testes ad hoc sint specialiter rogati, sufficit enim, quòd fortuitò advenerint. *L. fin. Cod. de Codicill.* Imò & fœminam in codicillis testem adhibere posse, verius obtinet. *Harp. §. ult. h. t. n. 8.*

III. Si codicilli facti fuerint in scriptis, necessaria est testium subscriptio non tamen requiruntur eorum sigilla. *Schneid n. 2.*

§. Codicillis. 2.

Præcipua inter testamentum & codicillos hôc locò traditur differentia, videlicet quòd in codicillis hæreditas directò dari non possit, nisi miles sit *l. 36. ff. de testam. milit.* & quia contrariorum eadem est disciplina, neque in iis hæreditas potest adimi, aut exhæredatio scribi. Ratio est in *textu*; ne confundatur jus testamentorum & codicillorum, h. e. 6

v. c. ut differentia aliqua fit inter testamentum & codicillos.

7 Dixi directò: nam per fideicommissum hæreditas in codicillis relinqui potest, v. g. hòc modò: *Rogo te hæres mi, ut, cùm primum adieris hæreditatem meam, eam Sejo restituas & reddas.* Et in hoc casu, hæres retentâ quartâ Trebelliana tenetur ad restituendam hæreditatem fideicommissario. *L. ab intestato 16. ff. de jure codicill.* Ratio porrò, quare directa institutio possit fieri in testamento, non vero codicillis, ista esse videtur: quia pèr hæreditatem directam transfertur familia, quæ juris civilis est, ut actu civili tantùm, i. e. testamentô transferri, fideicommissum verò ex jure naturali & æquitate profluat, ut etiam per codicillos relinqui possit. *Schamb. hic.*

AD V. NEC CONDITIONEM.

Sicuti directò in codicillis non licet instituere, ita quoque non licet directò substituere, & ita scribere: *Si Titius non erit, Cajus hæres esto.* Ratio, quia substitutio est secunda hæredis institutio. Deinde, sicut hæreditas non potest simpliciter adimi in codicillis: ita quoque non potest hæredi in testamento instituto in codicillis conditio adjici, dicendo: *Titium, quem in testamento hæredem esse jussi, hæredem esse volo, si navis ex Asia venerit.* Ratio: quia in defectum conditionis videtur quis cogitâsse de ademptione hæreditatis. Itaque rejectâ conditione hæres tamen succedet, ac si purè institutus esset. *l. 6. ff. de jure codicill. Manz. n. 9.*

§. CODICILLOS. FIN.

I. Differentia, quâ discernitur testamentum à codicillis, est, quò non liceat facere plura testamenta, ut simul valeant; potest tamen aliquis facere plures codicillos diversi tenoris, ita, ut omnes valeant. Ratio differentiæ: quia in testamento universa hæreditas, quæ est una; codicillis verò res singulæ, quæ sunt plures, relinquuntur. *Manz. n. 3. & Harp. n. 2.*

III. Differentia inter testamentum & codicillum est, quòd testamentum multis solennitatibus debeat esse instructum: Codicilli autem nullam (quam particulam negativam non ita intellige, ut penitùs nulla solennitas requiratur, sed non tanta, quanta in testamento) solennitatem desideret. *text. hic.*

Et sunt: quæ pro declaratione textûs in hoc titulo sunt necessaria. Verùm cùm adhuc aliqua sint scientiâ digna, ideò prolixiùs in *hunc tit.* lubeat excurrere. Itaque,

Q. I. *Quibus modis codicilli infirmentur?* R. iisdem modis codicillos infirmari, quibus testamenta, præsertim si fuerint facti cum testamento; tunc enim corruente principali, i. e. testamentô, corruit etiam accessorium, i. e. codicilli. *l. 1. Cod. h. t.* nam omne jus & robur codicilli ex testamento dependet, ut dictum suprà. Itaque si hæreditas ex testamento non adeatur per ipsum hæredem scriptum, neque legata in codicillis debentur. *l. si quis §. fin. ff. de jure codicill.*

Codicilli ab intestato iisdem extinguuntur, quibus testamenta. Exceptô unicô casu: nam agnatione posthumi codicilli ab intestato non rumpuntur. *l. ab intestato 16. ff. eod.* Et in hoc differunt codicilli à codicillis cum testamento factis.

Sicut enim testamentum agnatione Posthumi rumpitur, ita & codicilli cum testamento facti. *l. 1. Cod. h. t.* Codicilli

cilli autem ab intestato sic non rumpuntur, quia & tunc posthumus ab intestato censetur rogatus præstare legata in codicillis. *Schneid. n.* 1. *hic.*

9 Q. II. Si directò in codicillis instituatur hæres, an actus nihil operetur, h. e. an voluntas testatoris non sustineatur tanquam relicta verbis obliquis, ita, ut venientes ab intestato censeantur rogati deducta Trebellianica reliquam hæreditatem instituto in codicillis, restituere? ℞. Papinianus in *l.* 13. §. 1. *de jure codicill.* ubi ita scribit: *Tractari solet de eo, qui cùm tabulas testamenti non fecisset;* Codicillis ita scribit: *Titium hæredem esse volo. Sed multùm interesse, utrùm fideicommissariam hæreditatem à legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an verò testamentum facere se existimaverit, nam hoc casu nihil à legitimo peti poterit.* Ex quo inferunt interpretes; si de voluntate constet defuncti, quòd is verè codicillos facere voluerit, institutionem directè in codicillis factam, flecti in obliquam. Cujus ratio est hæc; quia cùm testator sciat, in codicillis hæredem institui directè non posse, vel scire debeat, & defunctus non censeatur ludere voluisse, ideò leges flectunt verba directa in obliqua.

Sin verò is testamentum facere voluit, & non complevit, tum nihil valet ex ratione: quia *id, quod voluit, non potuit; & quod potuit, non voluit. l.* 1. *ff. eod.* Nisi clausula codicillaris (v. g. si non valet testamentum, valeat ut codicillus, vel valeat omni meliori modò, quo de jure valere potest) apposita sit, tum enim valebit jure codicilli, nisi probetur eam clausulam à Notario citra testatoris jussum esse appositam, *Schamb. hic. Schneid. n.* 1. §. 2. *h. t.*

Q. III. & ultimò: *An testamentum ob præteritionem sui hæredis nullum, virtute clausulæ codicillaris sustineatur;* Negant *Manz. tract. de testam. tit.* 8. *ampliat.* 29. *Harp.* §. 1. *h. t. n.* 25. *Fach. l.* 4. *cap.* 11.

Moventur: quia talis clausula non operatur vim fideicommissi, si testamentum sit inofficiosum. *l. Titia* 13. *ff. de inoff. testam.* ergò nec operabitur, si testamentum sit nullum. Sed placet, substineri in vim fideicommissi. *Schamb. hic.*

Prob. I. per *l.* 16. *ff. qui testam. fac. poss.* ubi dicitur, quòd clausulæ codicillaris ea sit vis, ut omninò valeat id quod relictum est; atqui etiam tali casu valere poterit, si dicamus *suum præteritum*, utpote hæredem legitimum esse rogatum, ut hæreditatem illam hæredi scripto restituat; ergò.

Prob. II. ex *l. generaliter* 24. §. *ex testamento ff. de fideicommiss. hæredit.* ubi dicitur: ex testamento, quod agnatione posthumi ruptum esse consistit, neque directas libertates petere, neque fideicommissarias deberi, *si quas non à legitimis quoque hæredibus paterfam. reliquerit.* Ergò si à legitimis quoque hæredibus reliquerit, competent, atqui per clausulam codicillarem censetur à legitimis quoque hæredibus reliquisse *d. l.* 16. ergò.

Ad rationem dubitandi. ℞. *ant. verum esse de jure veteri.* Ratio datur à lege, eò quòd in testamento inofficioso censeantur *quasi à demente esse relicta*, à quo relicta non valeant. Dixi de *Jure veteri*; nam hodie per querelam sola institutio rescinditur, cætera namque firma manent. *auth. ex causa Cod. de lib. & posth.* ut proinde hodie

hodie etiam inofficiosum testamentum vigore clausulæ codicillaris in vim fideicommissi valere, non ineptè dixeris. Habes itaque, auditor studiosissime (ut hoc anno me facturum adspondi,) completum in II. Institutionum Imperialium librum (qualiscunque sit) commentarium. Tu facias, velim, ut in fine II. libri scientiâ juris nulli sis secundus.





INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

LIBER III.

TITULUS PRIMUS DE HÆREDITATIBUS. QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

SUMMARIA.

1 *Transitio.*
2 *Liberi ab intestato succedunt tam de Jure Divino, naturali, quàm Civili.*
3 *Quotuplices dentur Liberi?*
4 *Liberi naturales, & legitimi succedunt exclusis omnibus ascendentibus, & collateralibus.*
5 *Nec refert Masculi sint, an Fœmina.*
6 *Limitatur in feudis.*
7 *Nisi fundum sit fœmineum.*
8 *In Austria Filiæ Patri non succedunt.*
9 *Ita ut neque legitima iis debeatur.*
10 *An consuetudo ista etiam ad successionem Fraternam extendatur?*
11 *An consuetudo ista valeat, quâ Filiæ removentur à Paterna legitima?*
12 *Differentia suitatis & emancipationis sublata est.*
13 *An posthumi succedant?*
14 *An Clerici?*
15 *Monachi quomodo succedant suis Parentibus?*

16 Si

68 *Quomodo*

68 *Quomodo de Jure Civili novissimo conjuges invicem succedant.*
69 *Quando succedat Fiscus?*
70 *Quid requiratur, ut bona dicantur vacantia?*
71 *Si quis in peregrinatione moriatur, quis succedat?*
72 *In Gallia receptum est Jus Albigani.*

CONNEXIO.



Uando quidem antiquatæ sunt materiæ, quæ à Tit. 1. usque ad Titul. 14. secundùm Institutionum ordinem hoc Libro traduntur; ideò his non diu immorandum, sed potiùs duxi, properandum esse ad Jus, in foro & curia usitatum, quod contineri videas in *Nov.* 118. cujus explanationem priusquam aggrediar, ponenda est ratio ordinis; teste enim *Socrate ad Xenophontem lib.* 5. *de dictis Socrat.* rectò ordine nihil pulchrius, nihil præclarius, nihil ad usum accommodatius est, tum quòd ad rei, de qua agitur, cognitionem, & intelligentiam mirifice conducat, tum quòd memoriam cæteroquin labilem *l.* 44. *ff. de acq. vel amit. poss.* plurimum juvet, & artificiosè informet. Sit proinde.

TRANSITIO.

1 HÆreditatem vel ex Testamento, vel ab intestato nobis deferri, dictum est §. *ult. Inst. per quas person. cuiq. acq.* postquàm verò vidimus, quomodo ex testamento: superest, ut dispiciamus, quomodo ab intestato deferatur. Intestatus autem dicitur, qui non reliquit testamentarium hæredem; & ordo succedendi ab intestato triplex est, puta, *descendentium*, *ascendentium*, & *collateralium*. Quos tres ordines, ut distinctè tradamus, sit:

SECTIO I.

PRimum in successione ab intestato locum obtinent descendentes, seu liberi tam ex lege Divina, *Epist. Pauli ad Galat. c.* 4. *v.* 7. in illis verbis: *Si filius? ergò hæres*: quàm naturali. *l.* 7. *ff. de bon. damnat. Nov.* 1. §. 1. *ibi*: *secundùm ipsam naturam. Harp. n.* 55. *Gomez. tom.* 1. *var. resol. cap.* 1. *n.* 2. Quam etiam Civili. §. 2. *Inst. de hæred. qualit. & diff.* & §. 1. *h. t.* 2

Sunt autem Liberi varia in differentia: alii enim sunt *naturales*, & *legitimi simul*: alii *naturales tantùm*: alii *legitimi tantùm*: alii *spurii* seu *vulgò quæsiti*: alii *ex damnato coitu nati*: de quibus vide, quæ diximus *lib.* 1. *tit.* 11. *num.* 2. Hic illud discutiendum, quinam & quomodo succedant ab intestato? itaque sit 3

§. 1. De Successione Liberorum naturalium, & legitimorum simul.

CIrca Liberos naturales & legitimos simul statuenda est regula, quòd succedant Parentibus ab intestato, exclusis omnibus ascendentibus, & collateralibus. *Nov.* 118. *cap.* 1. *Auth. in successionem Cod. de suis & legit.* Ratio est; quia hos natura simul & Parentum commune votum ad successionem vocat. *l.* 2. *ff. Und. Liberi.* Ratio alia; quia hi vivo etiam Parente quodammodo bonorum paternorum domini reputantur, *l.* 11. *ff. de lib. & posthum.* Quòd verò excludantur ascendentes, ratio est; quia amor descendit, non ascendit, & stimulus naturalis hortatur ad priùs cogitandum de liberis, ita, ut filii non debeant thesaurizare Parentibus, sed hi filiis suis. *cap.* 6. ✠ *de censib. Manz. num.* 3. 4

Illud

5 Illud non refert: I. *cujus sexûs sint Liberi, Masculi, an Feminæ*, nam æqualiter omnes succedunt, *d. Nov.* 118. *cap.* 1. Ratio, quia successio ab intestato ex cognatione causam trahit; fœminæ autem non minùs cognatæ sunt, quàm Masculi, *Harp. n.* 58. *Schneid. n.* 5. *Gomez. loc. cit. n.* 3.

Quod procedit I. in allodialibus,
6 non etiam in bonis feudalibus; enim verò in feudis fœminæ regulariter non succedunt. *Tit.* 1. §. 3. & *Tit.* 8. *de success. feud.* Ita, ut si feudum alicui, & hæredibus ejus datum concessumve sit, masculo duntaxat, non etiam fœminis concessum esse intelligatur: Inspectis enim Jure feudorum sub nomine hæredis veniunt duntaxat Masculi, *per text. in tit.* 13. *de alienat. feud.* §. *etsi lib.* 1. *feud. Fach. lib.* 7. *cap.* 3. 4. 7. 42. & 43. *Mynsing. cent.* 5. *ob.* 72. *n.* 6. *Harp. num.* 158. *hic.* & *plures ab eo allegati.* Ratio verò exclusionis est; tum, quia fœmina ab omnibus Civilibus Officiis remota est. *l.* 1. §. 2. *l.* 2. §. 1. *ff. ad. S. C. Vell.* Nec militaria Servitia (propter quæ feuda concedi solent. *Tit.* 24. §. *Item qui. lib.* 2. *feud.*) obire & dominum armis juvare, & defendere potest: tum quia feuda in favorem Familiarum propagandarum constituuntur. Familias
7 verò per masculos, non per fœminas conservari, in confesso est. Sanè si feudum sit Fœmineum, quale censetur esse, in quo Fœmina ab initio investita est, germanicè: *Ein Weiber- oder Gunckel-Lehen*; etiam Fœminæ ad successionem feudi admittuntur. *Cap. un. de feud. fœmin.* & *cap. un. de natura successionis feudi. Vulte. de feud lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 32. *Engel. ad decret. tit. de feud. n.* 20. *Clariss. D. P. Konig. ibid. n.* 40. Unde si de materia feudali sermo fiat, jam alibi monui, ante omnia esse inspiciendum tenorem investituræ. *Kees ad Institut.*

Procedit II. Nisi consuetudine vel statuto introductum sit, ut pro conservatione Familiæ nobilium, & personarum illustrium, filiæ tantùm in bonis maternis æqualiter cum suis fratribus succedant, in bonis autem paternis certam duntaxat portionem habeant, eâque contentæ esse debeant.

Quemadmodum in hac nostra Austria 8
per usum, & consuetudinem obtinuit, ut existentibus filiis filiæ provinciales ab hæreditate paterna removeantur, atque certâ nomine dotis assignatâ portione contentæ esse jubeantur. *Suttinger in manuscript. lit. Verzächten*, his verbis: *Est ist zu Wissen....* i. e. *Tenendum est, quòd in universa Austria nostra inter illustres ac nobiles, fœminæ seu filiæ nequaquam cum masculis seu filiis ad hæreditatem paternam admittuntur. Etenim quæ nupsit, ab ea hæreditate propter necessariò factam renunciationem; penitus excluditur. Verùm innupta etiam, quanquam ea non renunciaverit familiæ, tamen à fratribus nihil, præter victum cultumque statui convenientem, donec nubat, exigere potest: deinceps verò dote, quæ pro moribus & consuetudine virgini elocandæ, mediante renunciatione constituitur, contenta esse debet.*

Quæ ipsa constitutio Austriaca in 9
tantum extenditur, ut Pater suis filiabus neque legitimam teneatur relinquere. *Sutting. loc. cit.* ibi: *Es ist auch....* i. e. *Id quoque regionis usu servatur inter Illustres & nobiles, ut pater non teneatur filiæ, per renunciationem à familia separatæ, ullam testamento relinquere legitimam: filiæ quippe satis est factum, si ea cum dote, juxta modum consuetudinis, ad matrimonium dimissa est.*

Q. I. An consuetudo Austriaca, quâ 10
fœminæ excluduntur à successione paterna, extendenda sit ad successionem fraternam, ita ut extantibus Masculis,

neque Fratribus ab inteſtato ſuccedant ? ℞. *Negativa.* Ratio ſola, ſed ſolida eſt; quia talis conſuetudo, quâ extantibus Maſculis Fœminæ à ſucceſſione paterna removentur, eſt Juris communis correctoria, atque adeò odioſa, conſequenter ſtrictiſſimam recipit interpretationem, *Arg. cap.* 28. *de R. J. in* 6. & ultra caſum expreſſum non extendenda. *Mynſing. Reſpon.* 1. *Decad.* 15. *n.* 13. *Carpzov. p.* 3. *conſt.* 20. *defin.* 11. *n.* 7. *Gail. lib.* 2. *obſ.* 33. *n.* 9. *latè & more ſuo ſolidè Funſtervv. lib.* 4. *obſ.* 27. *per tot.*

11 Q. II. An talis conſuetudo vel ſtatutum valeat, quò filiæ etiam non habitâ portione adæquante legitimam, à ſucceſſione paternâ removentur ?

Ratio dubitandi eſt; quia legitima debetur Jure naturæ, cùm in locum ſuccedat alimentorum, *Nov.* 1. §. 2. Jus autem naturale eſt immutabile. §. 11. *Inſt. de J. N. G. &c.*

Verùm tenendum eſt, *valere*; conſuetudines enim & ſtatuta vim legis habent, *l. omnes ff. de J. & J. & l. diuturna ff. de ll.* per legem autem legitimam diminui poſſe diximus *l.* 2. *Inſt. de inoff. teſtam. n.* 16. & 17. Siquidem legitima eatenus duntaxat Jure naturæ debetur, quatenus alimenta ſapit, non etiam quatenus deſignat certam & determinatam legibus portionem. *P. Engel. ad Decret. de ſucceſſ. ab inteſt.* §. 2. *n.* 5. *Fach. lib.* 4. *cont.* 32.

12 Non refert II. *Liberi ſint ſui an emancipati*; omnes enim ſuitatis & emancipationis differentia ſublata eſt. *Nov.* 118. *cap.* 1. & ſucceſſionis Jus fundamentum habet in Jure ſanguinis. Jura autem ſanguinis per emancipationem non tolluntur. §. 3. *Inſt. de legit. agnat. tut.*

13 Non refert III. *Sive nati ſint Liberi, utrâque humanâ fruantur*; ſive ſint poſthumi, *l.* 6. *l.* 7. *de ſuis & legit. l.* 4. *Cod. eod.* Poſthumi enim pro jam natis habentur quoties de eorum utilitate agitur, *l.* 6. *l.* 7. *de ſuis & legit. l.* 4. *Cod. eod.* Poſthumi enim pro jam natis habentur, quoties de eorum utilitate agitur, *l.* 7. *ff. de ſtat. hom.* Dummodo juſto tempore vivus, nec monſtroſus naſcatur, aut ex utero materno exſcindatur, eſto voce non emiſſa, eâdem horâ inciderit in obſtetricis manus, & manes. *l.* 12. *ff. de lib. & poſthum. l.* 3. *Cod. de poſt. hæred. Clariſſ. D. D. Franz. Inſt. h.t. n.* 10.

Non refert IV. *Laici ſint Liberi, ſive* 14 *Clerici*, *l.* 56. §. 1. *Cod. De Epiſc. & Cler. Brunn. ibidem n.* 12. *Manz. n.* 22. Imo etiam Monachi ab inteſtato ſuccedunt. *Auth. nunc autem Cod. d. t. & Auth. ingreſſi Cod. de S. S. Eccleſ.* Ratio: quia Monachi retinent Jura ſuitatis. *d. l.* 56. §. 1. Ita tamen ut Monachus non ſibi (eſt enim ob votum paupertatis incapax dominii) ſed Monaſterio acquirat, ſicut in ſimili Servus acquirit ſuo Domino. *Nov.* 123. *cap.* 38. & *Auth. ſi qua mulier. Cod. de S. S. Eccleſ. junctô can.* 16. *cauſ.* 18. *q.* 2. *Clariſſ. D. D. Franz. Hannold. de J. & J. tom.* 1. *fol.* 307. *n.* 45.

Q. III. An omnes indiſtinctè Mona- 15 chi ſeu Religioſi ab inteſtato ſuis parentibus, vel cæteris cognatis ſuccedant ?

Sunt qui diſtinguant inter Mendicantes, & alios Religioſos bonorum immobilium capaces. Ita *Jul. Clar.* §. *Teſtamentum. q.* 29. *n.* 1.

Verùm ex diſpoſitione *Concil. Trid. ſeſſ.* 25. *c.* 3. *de regular.* dicendum eſt, omnes ordines, etiam Mendicantes, præter *Minores de obſervantia Capucinos*, & *Domum Profeſſam Societatis JESU*, *ſuccedere ab inteſtato.* Ratio verò, quare Franciſcani, Capucini, & Domus Profeſſa Societatis ab inteſtato non ſuccedant, in aperto eſt; quoniam paupertatem profitentur, & per ipſam profeſſionem reputantur mortui, haud aliter ac

ſi

ſi naturaliter mortui eſſent. *Haunold. de J. & J. tom. 1. fol.* 302. *n.* 19. ubi in contextu ſubjicit, in Societate JESU non ſolùm profeſſos, ſed etiam Coadjutores Formatos dominii incapaces eſſe, illos verò qui poſt Novitiatum ſola vota ſimplicia, ediderunt, quique dominii capaces ſunt, à ſucceſſione ab inteſtato nullatenus removeri.

16 Q IV. An Novitio intra annum probationis ab inteſtato mortuo ſuccedat Monaſterium, an proximi collaterales?

Tametſi ſtando in theoria haud difficulter defendi poſſit, Monaſterium ſuccedere, prout hanc ſententiam magis fundamentis inſtruit *Funſtervv. l.* 4. *obſ.* 25. communiori tamen Doctorum calculo recepta eſt ſententia, non Monaſterium ſed proximos collaterales ab inteſtato admittendos eſſe. Ita re ipſa docent *Manz. tract. de teſtam. d.* 2. *tit.* 2. *num.* 269. *Perez. ad Cod. de S. S. Eccleſ. n.* 15. *Cblingenſp. Inſt. h. t. q.* 46. *Zoëſ. ad Decr. de ſucceſſ. ab inteſtato, n.* 8. *Pirrhing. eod. tit. n,* 41. *Engel de Regular. n.* 14.

Ratio ſola ſed fundamentalis eſt: quia Novitius *cum effectu* non cenſetur eſſe Religioſus, niſi quando *Actu* profeſſionem fecit; ſicut ergò Religionem ingreſſus ante profeſſionem nondum ſe obtulit Monaſterio *quoad Perſonam*, ita nec *quoad bona*, de quibus adhuc plenam diſponendi libertatem habet, tam per actum inter vivos, quàm ultimæ voluntatis. Accedit quòd Novitius iterum ad ſæculum redire poſſit, ſi velit, & Monaſterio nulla acquiratur actio, niſi ſecutà profeſſione, *Concil. Trident. ſeſſ.* 25. *c.* 10.

Non refert V. *quo ordine Liberi ſint nati, primò locò, an ſecundò*, nam illi & iſti ab inteſtato æqualiter admittuntur. *d. Nov.* 118. *cap.* 1.

Limitatur: niſi quodam in loco Jus primogenituræ vigeat; hoc enim caſu ſolus primogenitus ad ſucceſſionem admittitur, qui tenetur reliquis Fratribus portionem condignam alimentorum nomine decernere, quæ portio alio nomine vocatur Opproneglium, Germano idiomate: *Eine Fürſtliche Abfindung, oder ein Fürſtliches* Deputat. Confer *Cattman Muller in ſua Oppronalogia.* Eſt autem *Jus primogenituræ* nihil aliud, quàm dignitas quædam & prærogativa, cujus natu major in ſucceſſione cæteros fratres excludit. 17 Differt à majoratu, quòd primogenitura fundamentum ſuum habeat in prioritate naturalium; majoratus verò in ætatis prærogativa. *Jacob. Speid. in ſuo Specul. vèrb. majoratus. num.* 21. Ubi ait, naturam primogenituræ illam eſſe, ut de linea in lineam progrediatur, ita ut quotieſcunque bona primogeniturà affecta lineam unius ex vocatis ingreſſa fuerint, ſecundogeniti linea non admittatur, donec primogeniti linea penitùs evacuata, & finita ſit. *Peregrin. de fideicommiſſ. art.* 27. *n.* 24. In majoratu econtra prærogativa ætatis eſt fundamentum. Quoniam ille ad ſucceſſionem vocatur, qui in familia poſt mortem poſſeſſoris, major natu, & ſenior reperitur. *Engel brecht de Juriſdict. Imp. Theſ.* 141. *lit. C.* Unde prono velut alveo fluit, in primogenitura Jus præſentationis ſibi locum vendiceare, ſecùs in majoratu. *Beſold. lib.* 1. *differt. nomicop. l.* 4. *n.* 13. *Funſtervv. lib.* 4. *obſ.* 43. *n.* 3. Quam differentiam etiam ponit *Hermes ad Jus publ. cap.* 18. *n.* 9. Tametſi aliqui majoratum, primogenituram, & fideicommiſſum familiæ communi loquendi uſu promiſcuè uſurpent. *Idem Funſtervv. lib.* 4. *obſ.* 27. *n.* 92.

Q. VI. *An Jus primogenituræ refragetur rationi.* Tametſi Jus primogeniti legibus Juſtinianeis repugnet, utpote quæ inter Liberos æqualitatem percipiunt, eoſque culpant, qui inter mares & fœ- 19

Fff 2 minas

minas differentiam ponunt. *Nov.* 118. *c.* 1. *l. maximum vitium, Cod. de lib. præterit.* Ita ut aliqui proinde moti autument, consuetudinem, quæ primogenitum cæteris exclusis ad successionem vocat, utpote corruptelam morum observandam non esse. *Bald. in l. omnes ff. de J. & J. Alexand. Consil.* 123. *Col.* 4. *vol.* 2. Prædictas tamen leges favor publicus, quem primogenitura respicit, non potuit tulisse: Vilescunt enim crebrâ divisione illustres Familiæ, & præter nomen dignitatis tandem nihil retinent. *Tiraq. de Jure primogenit. q.* 3. ubi ejusmodi consuetudinem, quâ Jus primogeniti invaluit, omninò, ait, servandam esse; eique suffragantur *Hermes in Fascicul. Jur. public. cap.* 18. *num.* 5. *Gomez ad leg. Tauri* 40. & plures ab his allegati: ex hac potissimùm ratione, quòd divisio bonorum familiis illustribus sit perniciosissima, utpote quæ rem attenuat, & corrumpit, tandemque in nihilum redigit, & prorsus destruit, *Borcholt. de feud. cap.* 7. *de success. n.* 41. nihil enim tam magnum quod divisione non fit parvum; & diminutis divitiis, minuitur, decrescit, & obscuratur claritas, honor & dignitas familiarum, *Rekhing. de Regimin. Sacul. lib.* 1. *Class.* 4. *cap.* 17. *n.* 10. Imò sordescunt Domini non solùm apud alios, sed etiam proprios subditos, quorum loculi hectica laborant: *Also dasz es fast besser, ein reicher Bauer, als ein armer Edelmann zu seyn*, *Traq. de nobilit. cap.* 32. *num.* 22. *Knidpsbil de fidei-commiss. cap.* 7. *n.* 35. *Gail. lib.* 2. *obs.* 153. *n.* 2. Ne ergò destruantur illustres familiæ, bonisque occidant, aut manca reddatur nobilitas, rectà ubique ratio suasit, ut primogenita reciperentur, quibus familiæ illustres conservantur, ac immotò veluti fulcrò sustinentur.

Nec ea propter secundo genitus rationem querelandi habet: inculcet potiùs ordinem naturæ, quæ ipsum priorem non produxit; respiciat alios, se infeliciores, *puta, tertio* aut *quarto genitum*, vel *sorores*, vel *alios inferioris conditionis nobiles*; perpendat, si fortuna volet, fiet de secundo primogenitus. Deinde Jure etiam Divinó meliori sorte fruebatur primogenitus; præferebatur enim cæteris fratribus in sacrificiis offerendis. Sedebat ad dextram patris, duplicatos cibos recipiebat. Diebus festivis pretiosam vestem ferebat. Item majorem partem hæreditatis recipiebat, prout Abraham primogenito hæreditatem, cæteris pecuniam dedit, &c.

Q. VI. *An nepos ex primogenito præferatur in Successione Patruo?* Magna hæc est, & à multis retroactis sæculis styló & piló agitata controversia, quæ ut feliciori sorte terminetur, emergat iste *Casus*: 13

Henricus, Rex Hispaniæ, progenuit duos filios, Carolum, & Philippum. Carolus, utpote primogenitus, moritur, relictó ex se Ludovico. Quæstionis est, si decedat Henricus, an hujus Nepos Ludovicus, an Philippus, qui est Patruus Nepotis, in primogenituram succedat?

Sunt, qui Philippo, patruo Nepotis suffragantur. Ita *Cujac. lib.* 2. *feud. tit.* 11. *Surd. consil.* 403. *n.* 34. *& plures alii*, *Traquello de Jure primogen. q.* 40. *condensati.*

Moventur I. Si Nepos præferretur patruo, tunc deberet preferri vel ex consuetudine, vel Jure communi: neutrum rectè dicitur; *Ergò* non præfertur. *min. ostenditur.* Non ex consuetudine, quia consuetudo vult primogenitum secundo genito præferri; atqui patruus genitura præcedit nepotem, *ergò.* Non ex Jure communi; quia Jus repræsentationis solummodo hoc operatur, ut remotior cum proximiori concurrat, & æqualiter succedat; non verò

ut proximiorem penitùs excludat §. 6. *Inst. h. t.*

Moventur II. Privilegium primogenituræ est personale ; quia propter ætatem competit, quæ est qualitas personalissima ; *ergò* ad hæredem non est transmissibile *l. ff. de R. J. cap.* 7. *de R. J. in* 6. ubi dicitur *personalia cum persona exspirare.*

Moventur III. Quod in spe duntaxat fundatum est, ad hæredes non potest transmitti *l.* 10. *ff. de Vulg. & pupill. Subst.* Ubi substitutus nihil transmittit ad hæredes, si ante hæredem, cui substitutus est, decedat, sed Jus primogenituræ, filiô primogenitô defunctô, in spe duntaxat competit ; *ergò* id ad suum hæredem transmittere non potuit.

20 Verùm, his argumentis non attentis, communiori D. D. calculô munita est sententia, quæ docet, nepotem ex filio primogenito in successione *Regni*, *Marchionatûs*, *Ducatûs*, aut *Majoratûs*, seu *Primogenituræ*, *præferri Patruo*. Ita re ipsa mordicùs defendunt *Gomez. ad l. Tauri* 40. *n.* 65. *Hermes in fascicul. Jur. publ. cap.* 18. *n.* 25. *Tiraquell. de Jur. primogenit. q.* 40. *Rosenthal. c.* 7. *conc.* 26. *n.* 12. ubi ait : adeò difficilem esse hanc quæstionem, ut Nili potiùs originem, quàm ejus veram decisionem invenire posse, existimârit *Bald. in l. cùm antiquioribus Cod. de Jure delib.* qui post multa, in utramque partem adducta, eam indecisam relinquit, dicens : *Solvat Apollo* ! *Hunn. var. resol. lib.* 3. *tract.* 1. *q.* 26. *Harp. prin. Inst. h. t. n.* 17. *Zoes. ff. de suis, & legit. hæred. n.* 15.

Nititur hæc posterior sententia, quæ mihi quoque arridet his fundamentis.

I. Quia certum est, & indubitatum, quòd in qualibet successione Nepos succedat Avo suo, repræsentando personam patris sui præmortui, capiendo id, quod Pater recepisset, sed Pater cepisset primogenituram *ergò* capit illam & filius ; quia aliàs Jus repræsentationis nihil operaretur.

II. Ea est conditio, & natura primogenituræ, ut gradatim deferatur primogenitis in linea recta tamdiu, donec illa linea expiraverit, evacuata, & finita sit, & hoc ex probabili præsumptione constituentis primogenituram : qui sicuti semel filium primogenitum alteri filio prætulit, ita quoque omnes, ex eo descendentes prætulisse omninò præsumitur, *l.* 102. *ff. de condit. & demonst.*

III. In feudo Nepos Patruo præfertur. 2. *Feud. tit.* 50. *Ergò* idem in primogenitura procedet, cum commoda differentiæ ratio dari nequeat.

IV In successione Electoratûs Nepos præfertur Patruo. *Aur. Bull. tit.* 7. *ergò* etiam in primogenitura.

V. Hanc sententiam ipsa Fortuna, cujus Dux est DEUS, videtur definivisse, dum nimirum Nepos evasit victor, quando Otto Magnus, Romanorum Imperator, Judicio gladiatorio aleam hujus quæstionis commisit, ut proinde antagonistæ necesse habeant. Fortunæ inclinare cervicem ; enimverò

-- Tantumne aliquis sibi posse videtur.
Fata quoque ut superet?

Refutantur argumenta contraria.

Ad I. ℞. Nepotem ex consuetudine 21
præferri Patruo ; sicuti enim Nepos gradum Patris supplet, ita ejus Personam in proximitate repræsentat, quasi viventem, & præsentem sistendo : cùm Parentes censeantur vivere in liberis. *l. in Jus ff. de R. J.* proinde sicuti Pater gauderet primogeniturâ, si in vivis esset, ita eâdem gaudet filius.

II. Retorquendo eluditur, enimverò, si primogenitura juxta antagonistas Jus personale est, sequitur, nec ad pa-

truum transire; quod ipsum tamen eorum assertioni repugnat.

III. Resolvitur ex §. 4. *Instit. de V. O.* ubi id, quod in spe est, etiam ad hæredes extraneos transmittitur; textus enim ita sonat: *Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.* Itaque dum adversarii volunt, id, quod in spe est, non transmitti ad hæredes, intelligendum est de spe vana, & simplici; non verò de spe certa, firma & radicata, qualem primogenitus habet. Plura argumenta resolvit *Harp. & Hunn. loc. cit.* mihi sufficit, potiora refutasse.

Non refert IV. In quo gradu sint Liberi, primò, an ulteriori? omnes enim æqualiter ab intestato succedunt.

Ubi tamen cautè incedendum, ac distinctio adhibenda, sintne omnes Liberi primo gradu, an omnes in remotiori, an denique aliqui in primo, aliqui verò in remotiori.

22 Si omnes liberi sunt in primo gradu, successio fit in capita, h. e. quilibet filiorum accipit virilem, seu æqualem portionem, ut ecce: Titius reliquit tres Liberos, & in bonis suis 300. fl. Hoc in casu successio fit in capita quivis liberorum capit 100. fl. *d. N.* 118. *cap.* 1. *& auth. in Successione Cod. de suis & legit.*

23 Sin omnes liberi sunt in gradu remotiori, refert iterum, an ex eadem stirpe descendant, an ex diversa?

Si descendant ex eadem stirpe, iterum fit successio in capita. Ut ecce: Titius relinquit tres nepotes ex filio suo unico Cajo. Hi tres nepotes omnes sunt in gradu remotiori, & descendunt ex eadem stirpe, adeoque succedunt in capita, & portiones accipiunt æquales, §. 5. *Inst. h. t. l.* 2. *Cod. d. t.* Si descendant ex diversa stirpe, successio fit in stirpes, ut ecce: Titius relinquit ex uno filio quatuor nepotes. ex altero duos tantùm: hi omnes sunt in gradu remotiori, descendunt tamen ex diversa stirpe, adeoque succedunt in stirpes, h. e. quatuor nepotes ex uno filio accipiunt dimidiam hæreditatem, & reliqui duo nepotes ex altero filio alteram dimidietatem. Successio enim in stirpes tunc fieri dicitur, quando non tot partes fiunt, quot sunt capita; sed tantum recipitur, quantum pater habiturus fuisset, si vixisset, *d. l.* 2. atqui inpræfatò casu uterque filius recepisset dimidiam hæreditatem; *ergo* quatuor nepotes ex primo filio accipiant unam dimidiam, & reliqui duo nepotes ex altero filio etiam unam dimidiam, ut itaque illam portionem consequantur, quam pater accepisset, si supervixisset.

Si denique aliqui sint ex liberis in gradu primo, aliqui verò in gradu remotiori, tunc in gradu primo constituti succedunt in capita. In gradu verò remotiori constituti succedunt in stirpes, h. e. capiunt eam partem hæreditatis, quam parens eorum habiturus fuisset, si vixisset. Ut ecce: Titius habet tres filios: primus moritur, relictis ex se quatuor liberis. Hoc casu secundus, & tertius Titio succedunt in capita. Illi autem quatuor liberi ex primo nati, succedunt in stirpes, h. e. eam portionem accipiunt, quam pater eorum accepisset, si vixisset, h. e. tertiam partem. *d. Nov:* 118. *c.* 1. *l.* 1. §. 4. *&* 6. *ff. de suis, & legit.* 24

Dices: proximior in gradu excludit remotiorem; sed secundus, & tertius sunt proximiores in gradu, quam liberi, ex primo nati; *ergo* ℞. *dist. ant.* Proximior in gradu excludit remotiorem, si veniat remotior ex persona propria, *con. min.* Si veniat Jure repræsentationis *ne. min.* Sed secundus, & tertius sunt proxi- 25

proximiores, quàm liberi è primo nati, ſi iſti liberi, venirent ex perſona propria, *con. min.* Si veniant Jure repræſentationis, *ne. min.* & *conſeq.*

Nepotes, ſeu liberi, ex primo nati, cum patruo ſuccedentes, veniunt Jure repræſentationis, h. e. ingrediuntur locum ſui patris, capiuntque illam portionem, quam pater accepiſſet, ſi vixiſſet, *de Nov. 118. cap. 1. in ſucceſſione. Cod. de ſuis*, & *legit. Manz Inſt. §. 6. h. t.* & *cæteri omnes. Walter* de Jure *Conſuet. Auſt. lib. 3. tit. 56. 57. 58.* & *ſeqq.*

§. II. De Succeſſione liberorum Legitimatorum.

26 Liberi legitimati per ſubſequens matrimonium, æquè ſuccedunt, ac liberi, ex juſto thoro nati, ita, ut nulla inter eos ſtatuenda ſit differentia, ſed omnibus, & per omnia pro veris, juſtis, & legitimis habendi ſint, §. 2. *Inſt. h. t. l. 10. Cod. de Nat. Harp. n. 271. Manz. n. 87.*

27 Q. VII. an legitimati per ſubſequens matrimonium etiam in bonis feudalibus ſuccedant? vide *lib. 1. tit. 10. n. 85.*

Legitimati verò per Reſcriptum Principis tum demum parentibus ſuccedunt, ſi non adſint liberi juſti & legitimi, *l. 22. Cod. de nupt. Nov. 89. cap. 9.* Ratio quia extantibus juſtis liberis, i. e. naturalibus & legitimis, Princeps regulariter legitimare non ſolet. *d. Nov. 89. cap. 12.* & ſi legitimet, non cenſetur ad alios effectus legitimaſſe, quàm ut porta dignitatum aperiatur legitimatis, non verò Juris ſuccedendi ab inteſtato, ne aliàs juſtis liberis præjudicet *Manz. tit. 10. Inſt. hic* §. 1. *n.* 33. & *ſeqq.*

Sanè ſi Princeps velit uti plenitudine poteſtatis, etiam liberis juſtis exiſtentibus, naturales *quoad Jus ſuccedendi* legitimare poteſt: notiſſimi enim Juris eſt, Principem ex juſta cauſa alteri Jus quæſitum auferre poſſe, modò juſtâ cauſâ moveatur. Deinde Princeps per legitimationem per ſubſequens matrimonium liberis juſtis præjudicare poteſt, *ergò* etiam per legitimationem, per Reſcriptum Principis, cùm matrimonium non aliter inducat legitimationem, niſi quatenus ſubſtet diſpoſitioni Principis. *Zoëſ. ad Decret. qui filii ſint legit. n. 27. Gail lib. 2. obſ. 142. n. 10.*

§. III. De Succeſſione liberorum legitimorum tantùm.

28 Liberi legitimi tantùm, alio nomine vocantur adoptivi. Hi vel ſunt *adoptivi in ſpecie*, vel arrogati. Adoptivi in ſpecie (quales dicuntur illi, qui Juris alieni ſunt) vel adoptantur ab extraneo vel ab aſcendente, v. g. *ab avo materno.*

Adoptatus ab extraneo ſuccedit ab inteſtato, tam patri adoptivo, quàm naturali, *l. pen.* §. 1. & §. 2. *Cod. de adopt.* §. 14. *Inſt. h. t.* Quod procedit, ſi adoptio duraverit uſque ad mortem patris adoptivi; enim verò ſi fuerit ab adoptante emancipatus, tunc ei ab inteſtato non ſuccedit. *d. l. pen.* §. *fin. autem Cod. de adopt. Brunn. ibid. n. 3. Schneid.* §. 10. *Inſt. h. t. n. 7.*

Adoptatus ab aſcendente ſuccedit patri adoptanti, & naturali. *Harp. n. 250. DD. Franz. Inſt. h. t. n. 35.* Quod procedit, ſi adoptio duraverit uſque ad mortem adoptantis; enimverò ſi emancipatione ſoluta ſit, ita demum ſuccedit, ſi gradu ſit proximus. *d. Nov. 118. cap. 1.*

Arrogatus ſuccedit arrogatori ab inteſtato ſicut naturalis, & legitimus, non ſolùm in illis bonis, quæ ad ipſum tranſtulit, ſed etiam in bonis ipſius arrogatoris, *d. l. pen.* §. *fin. Cod. de adopt.*

Quod

Quod procedit, si arrogatio duraverit usque ad mortem patris arrogantis: enimvero si emancipatio intervenerit, hæcque justa fuerit, à successione removetur. *Schneid. n.* 16. Si verò iniqua fuerit, ex constitutione Divi Pii quartam partem bonorum prætendere potest, §. 3. *Inst. de adopt. Harp. n.* 248.

§ IV. De Successione liberorum Naturalium tantùm.

Liberi naturales tantùm, quos alio
29 nomine Bastardos vocare solent, matri, & omnibus, ex linea materna ascendentibus, succedunt unà cum legitimis, *l.* 2. *l.* 8. *ff. Unde cognati. l. pen. Cod. ad SC. Orph.* Concord. *Walter de Jure Consuet. Aust. lib.* 3. *tit.* 16. his verbis: *Es mag, ein Mutter.* . . . i. e. *potest mater liberorum haud legitimè quæsitorum memor in testamento esse: hi quippe matri ab intestato succedere possunt, & hæredes ex ejus testamento existere; præterquàm cùm mater est persona illustris, vel ex stemmate principum nota.*

Patri verò liberi naturales ab intestato non succedunt; alendi tamen sunt ab hæredibus juxta mensuram substantiæ, & arbitrium boni viri. *Nov.* 89. *cap.* 12. *Auth. licet. Cod. de nat. lib.* Sanè, si pater naturalis nullos habeat liberos legitimos, neque legitimam uxorem, liberi naturales in sextantem, seu duas uncias hæreditatis paternæ succedunt, quas cum matre concubina juxta personarum numerum dividunt. *d. Nov.* 89. *cap.* 12. Spurii seu vulgò quæsiti, patri nullatenus succedunt. *l.* 5. *ff. de in Jus voc. l.* 2. & 4. *ff. unde cognat.* Ratio: quia patrem habere non intelligitur, cui populus pater est, §. 12. *Inst. ne nupt.* Matri verò, ac reliquis, per lineam maternam ascendentibus, unà cum aliis, legitimè natis, Spurii succedunt. Ratio, quia mater certa est; pater verò incertus, *d. l.* 5. Sanè, si mater sit persona illustris, Spurii eidem non succedunt: ita specialiter sancitum est *l. si qua illustris.* 5. *Cod. ad SC. Orph.*

Cæteri liberi, ex damnato coitu na- 30
ti, quales sunt *nefarii, incestuosi, sacrilegi, adulterini*, nec patri nec matri succedunt. *Nov.* 74. *cap. ult. Nov.* 89. *cap.* 12. & *auth. ex complexu Cod. de incest. & inutil. nupt.* Imò, de Jure civili eis ne quidem alimenta à parentibus debentur. *d. Nov.* 89. *cap. ult.* & *d. Auth. ex complexu.* ubi dicitur, nullam ipsis inpertiendam esse clementiam. *Manz. n.* 74. Quod tamen procedit de alimentis, sine quibus vel propria industria, & labore, vel aliò modò licitò vitam conservare possunt; non verò de illis quibus negatis, mori necessum foret: hæc enim alimenta debentur ex lege charitatis; ne aliàs necare videantur, qui alimenta negant, juxta *l.* 4. *ff. de agnos.* & *alend. lib.* & *cap.* 5. *X de eo, qui dux. in matr.* &c. accurate, & more suo solidè *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 41.

Sectio II.

De Successione Ascendentium.

Ordine turbato, *succedis Bulgare nato.* Antiquus iste versus est, innuens, quòd deficientibus liberis, ascendentes, seu parentes nostri ad successionem defuncti admittantur; ita tamen, ut dicatur ordo naturæ quasi turbari; nam ordo naturæ est, ut priùs moriatur pater, quàm filius; & si aliter contingat, dicitur ordo naturæ turbari. *Schneid. n.* 3. cùm verò ascendentes quoque in multiplici differentia sint, adeò, ut distinctè procedamus, sequitur.

§. I.

§. I. De ſucceſſione Parentum naturalium, & Legitimorum ſimul.

31 Itaque, ſi quis decedat ſine liberis, primò loco ad ſucceſſionem vocantur parentes utriuſque ſexûs, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. in infinitum, ſecundùm gradûs prærogativam, ut videlicet proximior, v. g. *pater* excludat remotiorem, v. g. *avum, Schamb. & Harp. n.* 367. cùm verò etiam collaterales unà cum aſcendentibus quandoque ſuccedant, ideò pro clariori intellectu hæc diſtinctio adhibenda.

32 Vel enim parentes ſoli exiſtunt, & concurrunt ad filii defuncti hæreditatem; vel ſimul etiam exiſtunt, & concurrunt Fratres, & Sorores defuncti. Si parentes ſoli exiſtant, & ſint gradu proximi, ſuccedunt pariter, & æqualiter filio defuncto, ut ecce: adeſt pater, & ſimul mater. Hi ſuccedunt defuncto filio in partes æquales, exclusis omnibus remotioribus, puta, *avô, aviâ, proavô, proaviâ, &c. d. Nov.* 118. *cap.* 2. *auth. defuncto Cod. ad SC. Tertull.* Imò, ſi ſolus pater, aut ſola mater adſit, tunc ille ſolus, hæc ſola in bona defuncti ſuccedit, excluſô avô, aviâ, & cæteris aſcendentibus, proximior enim in gradu excludit remotiorem, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. Jus repræſentationis in linea aſcendentium locum non habet, contra naturam ſiquidem videtur, ut parens repræſentet ſuum filium, à ſe genitum, cùm hic ab illo, non ille ab hoc deſcendat, & communiter repræſentatio fiat eorum, qui nos genuerunt, non ab iis, à quibus nos geniti ſumus *d. Nov.* 118. *cap.* 2. *à Sommetting. Inſt. h. t. n.* 12. *Manz. Inſt. hic. n.* 27. *Schneid. n.* 22.

33 Si parentes ſoli adſint non verò gradu proximi, ſed in ulteriori gradu exiſtant, refert, ſintne ex eadem linea? & ſucceſſio fit quaſi in capita: ut ecce: adeſt ſolus avus paternus, & ſola avia paterna; hi ſuccedunt defuncto nepoti æqualiter, ita, ut mediam partem hæreditatis capiat avus paternus, & alteram mediam partem avia paterna. *d. Nov.* 118. *cap.* 2.

Si verò ſint ex diverſa linea, refert 34 iterum, ſint pares numero an impares? Si pares ſint? iterum ſuccedunt in capita, ut ecce: ex linea paterna adeſt avus paternus, & avia paterna; ex linea verò materna adeſt avus maternus, & avia materna. Hoc in caſu omnes quatuor defuncto ſuccedunt æqualiter, & quilibet accipit quadrantem, h. e. tres uncias, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. *ver. ſi autem Manz. n.* 30. *& cæteri omnes.*

Si num rò ſint diſpares, ſucceſſio fit 35 quaſi in ſtirpes, ut ecce: adeſt ex linea paterna, & avus paternus, & avia paterna; ex linea verò materna adeſt ſola avia materna. Hoc in caſu hæreditas dividitur in duas partes, ita, ut una pars media devolvatur ad avum paternum, & aviam paternam; altera verò media pars ſpectet ad ſolam aviam maternam, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. his verbis: *Si plurimi aſcendentium vivunt, hos proponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur, maſculos, & fœminas ſive paterni, ſive materni. Si autem eundem habent gradum, ex æquo inter eos hæreditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes à patre aſcendentes, quanticunque fuerint: medietatem verò reliquam, à matre aſcendentes, quantoſcunque eos inveniri contigerit.*

Q. VIII. Succedantne parentes liberis 36 cum, vel ſine diſtinctione bonorum? vide *Clariſſ. D. D. Franz. Inſt. hic, n.* 50. ubi pro & contrà allegatis Authoribus, hanc quæſtionem latè deducit; ego huic, & aliis quæ hic ventilari ſolent, con-

troversiis discutiendis manum nolui admovere, certis inflexus rationibus.

Hactenus, quomodo parentes soli succedant. Sequitur, quid Juris, si defunctus relinquat parentes, & simul etiam germanos Fratres, & Sorores, h. e. utroque latere ipsi defuncto conjunctos? Quo in casu hi cum parentibus succedunt defuncto in capita, secundùm numerum personarum, ita, ut parentes & fratres, quotquot illorum sunt, viriles, & æquales portiones accipiant hæreditatis. *d. Nov.* 118. *cap.* 2. *vers. si verò.* Ut ecce: Titius decessit, relictis patre & matre, & tribus fratribus germanis. Hi omnes succedunt Titio æqualiter, ita, ut hæreditas dividenda sit in quinque partes, & singuli virilem portionem consequantur.

Dixi: *Fratribus Germanis*; Fratres enim, ex uno latere tantùm conjuncti, quales sunt *Consanguinei* & *Uterini*, cum parentibus ad successionem defuncti non admittuntur. *Schneid. n.* 30. *Carpzov. p.* 3. *const.* 17. *defınit.* 5. *n.* 6. *Clariss. D. D. Franz. n.* 53. *Fach. lib.* 6. *cap.* 8. Ratio; quia Fratres Germani duplici vinculo juncti sunt; duo autem vincula fortiùs ligant, quàm unum. Ratio alia redditur *à Manz. tit.* 5. *Inst. hic n.* 8. quia (inquit) si parentes non ampliùs viverent, sed soli Fratres Germani, uterini, & consanguinei, germani reliquos excluderent, ut infrà de Successione collateralium (Deo annuente) audiemus: ergò multò magis debent Ascendentes eos excludere, qui potiores sunt, utpote in secundo ordine succedendi constituti.

37 Q. IX. *An defuncti Frater, utrinque conjunctus, præferatur Avo suo, nec ne?*

Ratio dubitandi est; quia Frater utrinque conjunctus, unà cum Patre ad successionem admittitur; atqui Pater excludit Avum: ergò Frater quoque eundem excludet; quia pari Jure cum Patre fruitur.

Sed nigros dudum calculos tulit istæc sententia, communique harmonia DD. receptum est, avum, sive paternum, sive maternum, unà cum Germano Fratre admittendum. Ita tenetur *Hunn. var. resol. lib. tract.* 1. *Q.* 35. *Fach. lib.* 6. *cap.* 7. *Harp. n.* 388. *Manz. loc. cit. n.* 24. *Schneid. n.* 24.

Probatur luculenter per *d. Nov.* 118. *cap.* 2. his verbis: *Si verò cum ascendentibus inveniantur Fratres, aut Sorores, ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur.* Ex hoc textu sic arguo: Parentes, gradu proximi, succedunt unà cum Fratribus germanis, *d. cap.* 2. atqui in casu quæstionis propositæ avus est gradu proximus; quia proximus is censetur, quem nemo antecedit, *l.* 92. *ff. de V. S.* ergò avus succedit cum fratribus germanis.

Ad rationem dubitandi. ℞. Avum hoc in casu idem Juris habere, quod pater defuncti habuit; est enim, patre deficiente, proximior, ideò, sicut Frater germanus non potuit excludere patrem; quia ex ascendentibus fuit proximior, ita neque potest excludere avum; quia hic, deficiente patre, est proximus.

Diximus, quomodo succedant ascendentes unà cum fratribus, utroque latere conjunctis; sequitur, quid Juris, si cum Ascendentibus concurrant fratres germani, & horum præmortuorum filii? Quo in casu secernenda est *Nov.* 118. *cap.* 3. *vers. sed & ipsis à Nov.* 127. *in præfat.* 38

Inspecta *Nov.* 118. *cap.* 3. Soli fratres germani cum ascendentibus admittuntur, exclusis fratrum liberis; verùm, inspectâ *Nov.* 127. etiam præmortuorum fratrum liberi cum Ascendentibus,

dentibus, & fratribus germanis admittuntur, non quidem in capita, sed in stirpes, acceptâ videlicet, illâ portione, quam ipsorum pater consecutus fuisset, & hoc Jure repræsentationis. Ubi

Nota: Quod, tametsi Jus repræsentationis in successione descendentium in infinitum porrigatur; in linea tamen collaterali ultrà fratrum liberos non extendatur. *Auth. post fratres Cod. de legit. hæred. Nov.* 118. *cap.* 3. *vers. si autem defuncto*: ut proinde nepotes, aut pronepotes fratris germani cum aliis fratribus germanis non admittantur. *Manz. loc. cit. n.* 56. *Schneid. n.* 13. *Harp. n.* 387. *Schurf. cent.* 2. *Consil.* 62. *per tot.*

§. II. De Successione Parentum legitimorum tantùm.

39 Tametsi Jura successionum soleant esse reciproca, ut proinde videatur dicendum, quòd, sicuti filius adoptivus patri adoptanti extraneo ad intestato succedit, ita quoque pater filio adoptivo succedere debeat: tenendum tamen est pro regula, quòd pater adoptivus extraneus filio adoptato ab intestato non succedat, sed pater naturalis. §. 14. *Instit. h. t. l.* 10. §. 1. & 2. *Cod. de adopt.* Si verò pater adoptivus sit ex Ascendentibus, puta: *avus maternus*, filio adoptivo succedit, exclusô patre naturali, *L. pen. vers. si verò pater. Cod. de adopt.* Quod procedit de Jure Codicis: inspectô enim Jure Novellarum, pater adoptivus ascendens unà cum patre, & matre naturali æqualiter succedit, Ita *Hanuold. de J. & J. tom. tit.* 5. *conf.* 3. §. 1. *n.* 460. *Clariss. D. D. Franz. loc. cit. n.* 67.

Arrogator filio arrogato regulariter quidem succedit ab intestato *d.* §. 14. *Inst. h. t. & l. pen.* §. *ult. Cod. de adopt.* procedit tamen eo solo casu, quo arrogatus pubes, non emancipatus, & sine liberis decessit; enimverò si impubes decesserit, bona ipsius restituenda sunt iis, qui ab intestato successissent. *vide, quæ dicta sunt ad* §. 3. *sup. de adopt.*

§. III. De Successione Parentum Naturalium.

40 Quandoquidem correlativorum ea est disciplina, ut statutum de uno, censeatur statutum etiam de altero; ideò ex dictis facilè colliges quomodo parentes, naturales tantùm, liberis suis ab intestato succedant: sicuti enim filius naturalis non aliter succedit quàm si neque liberos legitimos, neque uxorem legitimam reliquerit; ita pariter Pater naturalis filio suo non aliter succedit, quàm si filius non reliquerit prolem, vel uxorem legitimam, quo casu duas uncias, seu sextantem accipit. *d. Nov.* 89. *c.* 13.

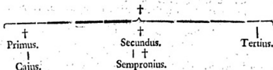
Contrà Mater filio naturali sine discrimine succedit ex ratione correlativorum, §. *ult. Inst. de SC. Tertul. l.* 2. §. 1. *ff. eod. & l.* 4. *ff. unde cognati.* Quemadmodum etiam succedit Spurio, eò quod mater semper sit certa; Pater verò, cùm incertus sit, à successione Spuriorum removetur. *d. Nov.* 89. *cap. ult.*

Cæteris, ex damnato coitu susceptis, puta, *incestuosis, adulterinis, &c.* Neque Mater, neque Pater succedit, cùm nec hi Parentes, nec illi Liberi nominandi sint. *Schneid. n.* 49.

41 Porrò, quæ hucusque de secundo ordine succedendi dicta sunt, procedunt de Jure communi, à quo Jus Austriacum per constitutionem Albertinam recessit, secundùm quam sublata est successio Ascendentium, ita, ut parentes à successione liberorum per collaterales penitùs

penitùs excludantur. Testis est *Joann. Baptist. Suttinger in suis Manu-Script. lit. E vers. Erbschafft in aufsteigender Linie*, his verbis: *Dem allgemeinen Lands-Brauch nach*. . . . i. e. *Ex consuetudine generali regionis cujus non possunt parentes liberis succedere. Hinc convenienter provisûs, portio quam habent liberi ex hæreditate paterna, consanguineis à latere legitimè stantibus cedit.* Idem testatur *Bernard. Walter de jure consuetud. Austr. lib. 3. tit.* 63. ibi: *und Wiewohl*. . i. e. *Sed etsi eo in casu ascendentes, veluti pater, mater, avus, avia, secundùm jura Imperialia, cum defuncti fratribus superstitibus ex æquali parte admittantur; tamen*, quia ex *prisca Austriæ consuetudine, hæreditas ab intestato non retrorsum defertur; hinc ii ascendentes à successione per consanguineos collaterales penitùs excluduntur: Etenim consuetudo provincialis hæreditatem retrorsum deferri non fuit.* Et. Tit. 80. ibid. *Zum fünfften, Wann*. . i. e. *cùm aliquis intestatus decedit, nullis liberis, nullisque consanguineis à latere, sed tantummodo patre, matre, avo, avia, aliisve ascendentibus in linea recta relictis; non possunt hi ascendentes hæreditatem capere, nam ex prisca admodum consuetudine regionis nostræ, non defertur hæreditas retrorsum, nec remeat gradum. Ubi igitur non alii supersunt, ea hæreditas ad fiscum principis pertinet.* Hic accedit *Joann. Heur. Reutter in suis different. jur. civ. & Austr.* his formalibus. *In Oesterreich*. . . . i. e. *In Austria, his etiam temporibus (siquidem nondum prodiit nova juris ordinatio, huic fortè juri mutationem allatura) non succedunt parentes in hæreditate liberorum: nam hæreditas ex consuetudine Austriaca, non retrorsum defertur in linea recta, ita quidem usu exigente, ut deficientibus hæredibus aliis, ii ascendentes per fiscum excludantur.*

Sequitur I. Quòd si aliquis ex una parte relinquat Patruum, & alterâ parte ex secundo patruo filium, iste filius, licèt gradu sit remotior; excludat tamen patruum. Ut ecce: Titius habet tres filios, primum, secundum, & tertium. Primus moritur relictô filiô Cajô; secundus etiam moritur, relictô Filiô Semproniô; Tertius verò vivit. Contingit, ut Filius secundi etiam decedat, *quæstionis est, quis ei succedat*; & ℞. Filium primi Cajum succedere exclusô Patruô Tertiô. Ita *Walter loc. cit. tit.* 77. *Fünfterw. lib. 2. obs.* 13. *n.* 19. ubi ita judicatum esse refert: Rem ex arbore accipe.:

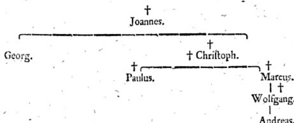


APPLICATIO.

IN posito casu, si Sempronius moriatur, Succedit ei Cajus, exclusô Patruô suô Tertio; ratio non est alia, *als weilen dem Oesterreichischen Lands-Brauch nach, die Erbschafft nicht Zuruck fallet.* i. e. quàm quòd, ex consuetudine Austriaca, hæreditas non retrò defertur.

Sequitur

43 Sequitur II. Quòd in caſu, quo aliquis neque Fratrem, neque Liberos, ſed nepotem ex ſuo Fratre ex una parte, ex altera verò Patruum relinquat, Nepos ex Fratre excludat Patruum. Ut eccè:



In poſito caſu moritur Paulus, qui ex una parte relinquit Patruum ſuum, Chriſtophori Fratrem, Georgium; ex altera parte fratris ſui Marci Nepotem Andream. Iſte de Jure Auſtriaco, licèt gradu ſit longè remotior, excludit tamen Georgium ex nulla alia, quàm dicta ratione, cùm amor deſcendat; non aſcendat. Plura de hac materia, ad praxin accommodata, vide apud *Walter*, & *Suttinger. loc. cit.*

44 Illud adhuc memoriâ dignum exiſtimabam, quòd illa conſuetudo Auſtriaca (*hæreditas, cum nulli exiſtunt hæredes in linea deſcendente, ad fiſcum, non autem ad aſcendentes defertur*;) in linea collaterali aſcendenti locum non habeat, ſed duntaxat in linea rectâ aſcendenti procedat. Ut ecce: moritur Petrus, relinquens filiam Gertrudem, & filium Georgium; Georgius etiam decedit relictô ex ſe uno filio. Quæſtio movetur, an *Gertrudi*, *an filio Georgii*, *Fiſcus ſuccedat?* & ℞. rationem dubitandi in eo fundari, quòd ipſe Petrus, tanquam Pater, eidem non ſucceſſiſſet; *ergò* neque Gertrudis ſuccedet; cùm in utroque caſu militet eadem ratio, *daz nemlichen die Erbſchafft nicht zuruck falle.*

Verùm, hâc dubitandi ratione non attentâ, teſte *Suttingerò in Manuſcript. lit. E. verſ. Erbſchafft*, in excelſo inferioris Auſtriæ Regimine per ſententiam judicatum eſt, Gertrudem, excluſô Fiſcô, in præfato caſu ad ſucceſſionem admitti, ex ratione; quòd in exorbitantibus à Jure, & in odioſis non debeat fieri extenſio, *cap. odia* 15. *de R. J. n.* 6. atqui contra limites Juris communis eſſe, quod Parentes à ſucceſſione Liberorum removeantur, apud omnes in confeſſo eſt; *ergò* iſta conſuetudo, utpote odioſa, & à Jure communi vehementer exorbitans, nequaquam extendenda eſt. Deinde te ipſum interrogo, num rationi naturali non videatur refragari, quòd Fiſcus præferatur illi, cui lex naturæ, ſanguinis prærogativam ſecuta, hæreditatem addicit? ſed manum de tabula.

Q. X. An conſuetudo; per quam in Auſtria Parentes à ſucceſſione Liberorum inteſtato excluduntur, non refragetur Juri naturæ? 45

Ratio dubitandi præcipua hæc eſt; quia Parentibus debetur legitima de Jure naturæ, prout apertè ſancit *Nov.* 1. §. 2. ubi: *tanquam hoc ſecundum ipſam naturam eis debeatur.* Atqui conſuetu-

ſuetudo Auſtriaca Parentes excludit etiam à legitima: *ergò* refragatur Juri naturæ.

II. Eàdem ratione Parentibus debetur hæreditas Liberorum, qua Liberis debetur hæreditas Parentum, *text. expreſſ. in Nov.* 115. *cap.* 4. Sicuti ergò conſuetudo, qua Liberi excluderentur à ſucceſſione Parentum, videretur improba, & irrationabilis; ita conſimiliter conſuetudo, quâ Parentes removentur à ſucceſſione Liberorum, videri debet improba & irrationabilis.

III. Certum eſt, & indubitatum, à Liberis Parentibus alimenta deberi, *l.* 5. *§.* 2. *& §.* 16. *de agnoſ. & alend. lib. & arg. l.* 4. *ff. eod.* ita, ut alimenta, tanquam de Jure naturæ poſitivo debita, per conſuetudinem tolli nequeant, *§.* 16. *Inſt. de J. N. G. & C.* ergò etiam legitima Parentibus debita, per conſuetudinem tolli non poterit, cùm ſit locô alimentorum. *Gail. lib.* 2. *Obſ.* 122. *n.* 4.

Verùm his non obſtantibus, fortiter tenendum eſt, *præfatam conſuetudinem Juri naturæ nullatenus refragari* Ratio ſola, & ſolida eſt; quia Jus ſuccedendi ab inteſtato, eſt meriſſima Creatura Juris Civilis, *Nov.* 89. *cap.* 1. *Nov.* 74. *cap.* 1. ibi: *mox lex introducit ſucceſſionum modos*: & legitima Parentibus debetur ſolo Jure Civili, non naturali, *l.* 12. *Cod. de legit. hæred. Nov.* 13. *cap.* 1. *l.* 36. *§.* 1. *Cod. de inoff. teſt.* ubi Juſtinianus expreſsè teſtatur, *portionem hanc querelam inofficioſi excludentem, leges, ſuamque conſtitutionem definiviſſe*; ergò conſuetudo, quæ parentes excludit à ſucceſſione: & legitimâ Liberorum, Juri naturæ non adverſatur; quod enim Jure Civili introductum eſt, eodem Jure Civili, & per conſuetudinem tolli poteſt, *§. pen. Inſt. de J. N. G. & C.*

Pro reſolutione rationum dubitandi notandum eſt, legitimam dupliciter conſiderari poſſe. I. quatenus alimenta ſapit, II. quatenus eſt certa, & determinata legibus portio.

Primô modô accepta (ipſi fatentur Auſtriaci) quòd parentibus debeatur à liberis; ſicut in pari alimenta debentur filiabus renunciatis, & ſecundo genitis in primogenitura.

Secundô autem modô ſi legitima conſideretur, de Jure Auſtriaco parentibus (inquiunt) non deberi, ſed per conſuetudinem ſublatam eſſe. Res profectò dura, & exteris deploranda; non quidem in caſu, quo adſunt collaterales, utpote quibus etiam ratio naturæ ſuffragatur, ſed in caſu, quo collaterales deficiunt, & tota hæreditas applicatur Fiſco.

Dices: tamen parentes conſequuntur alimenta, ut proinde querelandi cauſam nullam habeant. R. etiam cuilibet extraneo alimenta deberi, ubi alendi ſe deficiunt facultates, ut proinde parentes non forent melioris conditionis, quàm quilibet extraneus, niſi dixeris, alimenta etiam deberi Parentibus, qui proprio labore, & induſtria ſe ſuſtentare valerent.

SECTIO III.

De ſucceſſione Collateralium.

Diximus liberos ad parentum: & 46 parentes ad hæreditatem liberorum. Supereſt, ut de tertio ordine ſuccedendi (puta, collateralium) agamus; cùm verò ſi quis decedat, non relictis deſcendentibus aut aſcendentibus, tunc ſuccedunt collaterales, & quidem primò loco fratres, quorum alii ſunt *legitimi*, alii *illegitimi*. Legitimi iterum alii *legitimi tantùm*, alii *legitimi*, & *naturales ſimul*. 1

Fratres naturales, & legitimi ſimul 47 iterum

iterum alii *Germani*, h. e. qui ex eadem Matre nati ſunt. Alii *conſanguinei*, qui ex eodem patre, ſed diverſa matre nati ſunt: alii *uterini* qui ex eadem Matre, ſed diverſo patre progeniti ſunt.

§. I. De ſucceſſione Fratrum naturalium & Legitimorum Germanorum.

Primô locô ad ſucceſſionem Defuncti vocantur Fratres Germani, excluſis Conſanguineis, & Uterinis. *Nov.* 118. *cap.* 3. Ratio, quare excludant Fratres conſanguineos, & uterinos, eſt hæc; quia duplex vinculum, quo Fratres invicem juncti ſunt, fortiùs ſtringit; quàm ſimplex *Manz. tit.* 6. §. 1. *n.* 7. *hic.*

48 Quod procedit I. In allodialibus; non verò in Feudalibus: in his enim non tam attenditur duplicitas vinculi, quàm agnatio, atque adeò conſanguinei à Germanis non excluduntur, ſed æqualiter ſuccedunt. *Clariſſ. D. D. Franz. Inſt. hic. n.* 75. *Vult. de Feud. l.* 1. 9. *n.* 122. *Gail.* 2. *Obſ.* 151. *n.* 1.

49 Procedit II. de Jure communi Romano, ſecus de Jure conſuetudinario Auſtriaco, ſecundùm quod Frater conſanguineus cum Fratre Germano in bonis paternis æqualiter, in maternis verò, & ab ipſo defuncto acquiſitis bonis ſolus Germanus ſuccedit. Ita teſtatur famoſus Practicus *Walter de Jure Conſuet. Auſtr. lib.* 3. *tit.* 64. his verbis: *Stirbet ein Mann* . . . i. e. *Deceſſit aliquis relictis fratribus, quorum alios ſimplici, alios duplici vinculo junctos habuit: eo in caſu defertur ex jure Imperiali hæreditas ad eos tantum, qui defuncto fratres duplici vinculo juncti fuerunt; quod quidem ex provinciali conſuetudine, in bonis ab ipſo defuncto acquiſitis procedit: In bonis autem, quæ ipſi ex ſucceſſione familiæ obvenerunt, (in denen erbgütern, welche von dem ſtammen herkommen), hæc differentia ſervatur; nimirum, qui defuncto junctus fuit frater ex patre, is cum eo qui duplici vinculo frater extitit, bona quæ defunctus ex paterna habuit ſucceſſione, æquis partibus accipit; materna verò eum ſequuntur quem ex duplici vinculo adeoque ex matre fratrem habuit; ratio igitur ea ſervatur, ut bona hæreditaria (erb-güter) ſemper ad eam revertantur ſtirpem ex quâ perfecta ſunt*; puta, paterna paternis; materna maternis. *Vätterliches auf Vätterliche, mutterliches auf mutterliche geſchwiſtrige.*

Joannes Pater.	Martha Mater	Joannes Pater	Anna, ſecunda Conjux.
|	|	|	† |

APPLICATIO.

50 IN poſito caſu, ſi moriatur Paulus, tunc Chriſtophorus acquirit omnia illa bona, quæ Paulus ſuâ operâ congregavit, vel ex ſucceſſione Matris acquiſivit. In illis verò bonis, quæ Paulus ex ſucceſſione Patris obtinuit, Georgius, & Chriſtophorus æqualiter ſuccedunt. Vide quoque *Sutting. in Manuſcript. lit. E. verſ. Erbſchafft, Linea der Geſchwiſtrigtē von einem-und zweyen Banden*,

den, *&c.* Ratio nulla est alia, quàm, quia de Jure Austriaco cedunt paterna paternis, materna maternis.

51 Sic pariter fac, quòd ad successionem defuncti concurrant fratres consanguinei, & uterini. Hoc in casu si tres consanguinei succedunt in paternis, uterini in maternis; in acquisitis verò aliunde, consanguinei, & uterini succedunt æqualiter. Utecce:

† † † † † †
Jo. Pater. Martha 1. *Conjux. Id. Joan. Anna* 2. *Conj. Anna ead. Joach.* 2. *Marit.*

Georg. 1. *fil. Christ.* 2. *fil. Paul.* 3. *fil. Marcus filius. Wolffg. Andreas.*
†

In posito exemplo, si moriatur Marcus, tunc Georgius, Christophorus, & Paulus Marco succedunt soli in bonis paternis, in maternis verò succedunt Wolffgangus, & Andreas etiam soli; in acquisitis autem aliunde, quàm ex successione Matris, omnes succedunt æqualiter. Ita *Walter loc. cit.* his verbis: *Wann zweyerley* &c. i. e. *Cùm utrinque extant fratres sororesve diverso vinculo, alii à patre, alii verò à matre defuncto juncti; tunc ii fiunt hæredes in bonis paternis, qui cum eo ex eodem patre, in maternis verò ii tantùm qui ex eadem matre nati sunt: quod quidem & de jure scripto procedit, nec non consuetudini provinciali consentaneum est: si autem defunctus bona aliunde quàm ex parentum successione obtinuit, tunc defertur hæreditas ad utrosque æquis partibus in capita.*

Dixi: æquis partibus, ubi accuratè observes velim, quòd Walter videatur dissentire à Suttinger; hic enim (quantum licuit colligere) nullam facit differentiam inter casum, quo Germani concurrunt cum consanguineis quoad bona aliunde, quàm ex immediata Matris successione, acquisita, & illum, quo consanguinei concurrunt cum uterinis. Siquidem indistinctè asserit, quòd in utroque casu in bonis, aliunde (puta, per *Testamentum*, *Donationem*, aut alio *titulo*) acceptis, vel propriâ industriâ acquisitis, Fratres æqualiter succedant, prout pater ex loco citato, *lit. E. vers. Erbschafft*-Linea in Jure communi, his verbis: *das contrarium aber*.... i. e. *sæpè tamen contrarium ex Consuetudine Austriaca in Consilio* (*bey der Regierung*) *definitum est: nimirùm fratres sororesque unius vinculi cum aliis vinculi duplicis, tam in paternis quàm acquisitis bonis admissi sunt successores æquis partibus.* Walter econtrà in bonis aliunde acquisitis, æqualem successionem non admittit in casu, quo Germani cum consanguineis, sed duntaxat eo in casu, quo consanguinei cum uterinis concurrunt, vide quoque *Fünster wald. lib.* 4. *observ.* 4. *per tot.* Mihi hac in materia, consuetudinem Austriacam allegando, utique artifisset latiùs excurrere; sed instituti ratio abrumpit chorum.

Hactenus audivimus, quomodo Fratres Germani succedant. Sequitur, quid Juris, si cum Germanis concurrant Fratrum prædefunctorum Filii? & breviter deciditur, quòd isti filii veniant Jure repræsentationis, h. e. illam portionem capiant, quam parens ipsorum, si adhuc viveret, accepisset. *d. Nov.* 118. *cap.* 3. repræsentans enim utitur Jure repræsentati. *Manz. tit.* 6. §. 1. *num.* 26. *Harp. num.* 407. *Concord. Jus Austriac. teste Walter. lib.* 3. *tit.* 67. *Gehet ein Mann mit Todt ab*; ... i. e. *Decessit aliquis relictis*

relictis ex una parte fratribus, ex altera verò nepotibus ex prædefuncto fratre, eo in casu nepotes in locum parentis succedunt, & concurrunt cum fratre defuncti superstite, non tamen in capita, verùm in Stirpes. Ubi tamen observandum, quòd, licèt Jus repræsentationis de Jure communi in linea descendenti in infinitum, & de Jure Austriaco teste *Walter lib.* 3. *tit.* 62. usque ad quartum gradum inclusivè extendatur; in collateralibus tamen ultra Fratrum filios non porrigatur, *d. Nov.* 118. *cap.* 3. *Schneid. n.* 13.

Q. XI. Quomodo fiat successio,
53 quando fratrum Germanorum præmortuorum filii soli concurrunt, an in capita, an stirpes? Hæc *Quæstio*, quæ inspecto Jure communi, vehementer dubia est, decisionem recepit ex Constitutione Caroli V. Romanorum Imperatoris, in Comitiis, Anno à partu Virginis 1529. Spiræ habitis, juxta quem fratrum filii, si soli adsint, succedunt in capita. Concord. *Jus Austr. teste Sutting. in Manuscript. lit. E. vers. Erb Recht.* ibi: *Weilen die* Constitution i. e. *Quoniam Constitutionis Caroli V. Imperatoris, quæ anno* 1529. *Spiræ prodiit, clara apertaque Sententia est, ut fratrum liberi, utpote in pari gradu, in capita non in Stirpes succedant: per eam utique omnia contraria statuta, ordinationes, consuetudines, priscique mores, ac proinde ipsa Austriaca Consuetudo antiquata & abrogata sunt.*

§. II. De Successione Fratrum consanguineorum, & uterinorum.

54 Si quis à vivis cedat, non relictis fratribus Germanis, neque eorum Liberis, tunc succedunt Fratres consanguinei, & uterini æqualiter; ita, ut *Kees ad Instituta*, nec consanguineus uterinum, nec hic excludat consanguineum, sunt enim in pari gradu, & hodie omnis differentia agnationis sublata est. *d. Nov.* 118. *cap.* 3. *auth. post. fratres. Cod. de legat. hæred.*

Limitatur in *feudis*, ubi consanguineus uterinum fratrem excludit; siquidem in Feudis spectatur sola agnatio. *Schneid. n.* 20.

Q. XII. An, si concurrant fratres uterini, & consanguinei, bonorum fiat divisio? ita, ut bona materna uterinis: paterna consanguineis cedant.

Tametsi, inspecto Jure communi, 55
verior esse videatur sententia, quæ docet fratres consanguineos, & uterinos æqualiter succedere, nullâ factâ distinctione bonorum, eò quòd *d. Nov.* 118. *cap.* 3. generaliter, & indistinctè fratres consanguineos, & uterinos ad successionem defuncti vocet; hancque sententiam sustineat, *Hun. var. resol. lib.* 3. *tract.* 1. *Q.* 37. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 16. *th.* 5. *lit. C. Clariss. DD. Franz. Inst. hic.* 82. Communiori tamen Doctorum calculò munita, & consuetudine Austriacâ recepta est sententia, quæ consanguineis paterna: uterinis verò materna decernit. Juxta illud: *Maternis cedunt materna: paterna paternis.* Ita re ipsa tenent *Harp. num.* 442. *Schamb. hic Walter loc. cit. tit.* 65. Ibi: *Wann zweyerley Gschwistrigte*, i. e. *Cùm utrinque extant fratres sororesve diverso vinculo, alii à patre, alii verò à matre defuncto juncti; tunc ii fiunt heredes in bonis paternis, qui cum eo ex eodem patre, in maternis verò ii tantùm qui ex eâdem matre nati sunt: quod quidem & de jure scripto procedit, nec non consuetudini provinciali consentaneum est. Si autem defunctus bona aliunde quàm ex parentum successione obtinuit; tunc defertur*

fertur hæreditas ad utrosque æquis partibus in capita prout suprà jam demonstravimus, & *n.* 51. *hoc. tit.* figuram posuimus.

§. III. De Successione Fratrum legitimorum, legitimorum tantùm, & naturalium tantùm.

56 Fratres, legitimati per subsequens Matrimonium, succedunt eo modo, quò fratres ex justo thoro nati, cum per omnia pro legitimis habeantur, Nov. 117. & *cap. tanta. X. qui filii sint legit. Schneid. n.* 36.

57 Legitimi verò per rescriptum Principis considerari possunt, vel cum respectu ad se invicem, vel cum respectu ad fratres, ex legitimo thoro natos. Primo modo considerati succedunt ab intestato. *Nov.* 74. *cap.* 2. Secùs, considerati secundo modo. *Schneid. n.* 37. *Manz tit.* 7. §. 3. *n.* 44.

58 Fratres legitimi tantùm, sibi invicem non succedunt, cùm in potestatem adoptantis non transeant. *l. pen.* §. 1. *Cod. de adopt.* Quod intellige de adoptatis ab extraneo: Diversum obtinet in arrogatis; hi enim, durante arrogatione, agnatis arrogatoris succedunt; cognatis non etiam, *l.* 23. & *l. pen. Cod de suis & legit. hæred.* Quod Jus adhuc hodie inviolabiliter custoditur; quoniam *d. Nov.* 118. *cap.* 4. tantùm tollit differentiam inter agnatos, & cognatos quoad conjunctos vinculò naturali, non verò quoad conjunctos civili.

Adoptati ab ascendente, & sibi invicem, & agnatis, cognatisque adoptantis succedunt, *d. Nov.* 118. *c.* 4. *Clariss. D. D. Franz. n.* 85. & 86. *Schneid. Inst. hic. n.* 41.

Fratres naturales tantùm, vel sunt 59 conjuncti per Patrem vel per Matrem? si priùs, sibi invicem succedunt, secùs, si posterius. Nati verò ex damnato coitu, indistinctè ab omnium transversalium successione removentur; non enim merentur nomen filiorum, aut fratrum. *Nov.* 74. *cap. ult. Nov.* 89. *cap. ult. Schneid.* & *Franz loc. cit.*

Tandem, si nec fratres adsint, nec horum liberi, promiscuè vocantur collaterales secundùm gradûs prærogativam, ita, ut proximior excludat in gradu remotiorem, & hæc successio extendatur in infinitum, *Nov.* 118. *cap.* 3. §. 1. ubi indefinitè sancitur, omnes à latere cognatos vocari; quæ locutio generalior est, quàm ut ad certum gradum restringi possit. Dissent. *Schneid. Manz. Mynf.* & plures alii, qui Jus successionis decem graduum limitibus coarctandum putant, *per text.* §. *fin. Inst. de success. cognat.* ubi decimi duntaxat gradus videas mentionem fieri. Sed R. ibi gradum non *determinativè*, sed *exempli causâ* positum esse; exempla autem non restringunt regulam.

SECTIO IV.

De Successione Viri & uxoris.

Expeditum est, quòd, inspecto 60 Jure civili antiquò, vir, & uxor sibi invicem non succedant, eò, quòd nulla inter ipsos sit sanguinis conjunctio. Hoc tamen, cùm Prætori durum videretur, aliqualem correctionem recepit, cui explicandæ priùsquam manus addam,

Observa: quòd, quoties de successione viri, & uxoris occurrit quæstio, toties duo consideranda sint; *Primum* est,

eſt, num inter conjuges non ſint inita pacta dotalia? *Secundum* eſt, an non vigeat aliqua conſuetudo, aut ſtatutum, quò caveatur, qualiter conjuges ſibi invicem ſuccedant?

Si facta ſint inter conjuges pacta dotalia, neceſſe eſt, ea ad amuſſim ſerventur, non attenta diſpoſitione juris communis, ſtatuti, aut conſuetudinis. Ratio: quia proviſio hominis tollit proviſionem legis, & lex ſilet, ubi homo loquitur. *l. fin. Cod. de pact. conv.*

61 *Dices*: Pactum de ſuccedendo non valet, *l. fin. Cod. de pact.* ergò non poſſunt pacta dotalia fieri de mutua conjugum ſucceſſione. ℟. *antecedens* procedere duntaxat de Jure communi; conſuetudine enim ferè totius Europæ receptum eſt contrarium, teſte *Gail. 2. ob. 117. num. 6. Mynſing. 2. obſ. 33. num. 10.*

62 Pacta itaque dotalia ſervanda ſunt, ita ut de Jure Auſtriaco, defunctò maritô, vidua gaudeat Jure retentionis, nec cedere bonis teneatur; donec ei dos, donatio propter nuptias, largitas ſponſalitia, paraphernalia, & quæcunque alia, vigore pactorum dotalium debita, integrè reſtituantur. *Walter de Jure conſuet. Auſt. lib. 3. tit. 8. Eine Wittib iſt, ihres verſtorbenen Ehe-Manns verlaſſene Haab und Gütter ſeinen Erben abzutretten, nicht ſchuldig; ſie werde dann zuvor von ihnen des Vermächts ihres habenden Heyraths-Brieffs gänzlich abgefertiget.* Ad hoc tamen, ut vidua Jure retentionis uti, & fructus ex bonis mariti percipere poſſit, requiritur, ut illa inventarium confici curaverit, ſine quo ſi bonis mariti ſeſe immiſceat, perdit hypothecam, & privilegia ſibi competentia, *Schwarzenb. in auth. ad proces. Jud. ad fin. cap. 2. de minor. teſt. num. 13.* Facit Ordinatio politica Ferd. I. tit. *Von den Pupillen, und minderjährigen.* Tuborn. Ibi: *Solle ſolche* &c. i. e. *Dabet mater vel noverca ſtatim poſt mariti mortem, bonorum omnium mobilium & immobilium ritè inventarium conficere ab omni ſuſpicione alienum: hoc autem non faciens carebit ut ſuſpecta omni jure hypothecæ; ei tamen ſalva erit ejus quod aliàs ſuum eſt perſecutio, ex ratione juris facienda.*

Et hæc ita demum procedunt, ſi dos & ſimilia Jura, quæ vidua ſibi deberi prætendit, ſint liquida, & in continenti probari poſſint. Aliàs ſi ſint illiquida, & controverſa, tunc mulier Jure retentionis non gaudet, ſed vel debet præſtare cautionem, vel bona inſequeſtranda ſunt, donec mulier prætenſiones ſuas ſufficienter liquidaverit: ita teſtantur *Matth. Berlich. part. 2. Con. cl. 32. num. 15.* Retentio enim eſt quaſi compenſatio. *l. fin. Cod. commod.* debiti autem liquidi cum illiquido compenſatio non admittitur, *l. fin. Cod. de compenſ. Carpz. part. 2. conſt. 25. definit. 17. n. 8. Sutting. Manuſcript. lit. W. verſ. Witth.* Ibi: *Wittiben muſſen*, &c. i. e. *Viduæ debent prætenſiones ſuas ſufficienter liquidare ac probare.* & ita in excelſ. *Auſtr. Regim.* judicatum eſſe, teſtatur.

Q. XIII. Quid juris, ſi in litteris dotalitiis hæc clauſula expreſſa fuerit? *quod utrinque conjuges conſtante matrimonio acquiſiverint, commune eſt.* Ut hac in quæſtione diſtinctè procedatur, ſit 63

Aſſertio I. Bona conſtante matrimonió acquiſita, in dubio præſumuntur, operâ, & labore mariti acquiſita eſſe. *Ratio*: ut ex parte uxoris evitetur turpis, & inhoneſti quæſtûs ſuſpicio, *l. quintus 51. ff. de donat. inter Vir. & Uxor. Füsterwald. lib. 4. obſ. 6. num. 21. Sutting. in Manuſcript. lit. E. verſ. Eroberte* 64

Gütter in währender Ehe. His verbis, *Præsumptio est pro marito, quòd acquisita opera & labore ejus sint parta*, ad evitandam turpem & inhonestam suspicionem, NB. *nisi probetur, pecuniam ex parte uxoris extitisse.*

65 *Assertio II.* Quid quid, stante matrimonio, maritus, & uxor acquisiverunt, non bonum commune est utique, sed ad maritum spectat, vel ipsius hæredes. Ita docent *Fünfterwald. loc. cit. n.* 21. *Carpzov. part.* 2. *const.* 25. *def.* 8. *num.* 4. *Gail.* 2. *obs.* 78. *num.* 9. *Ratio*: quia maritus teneatur alimentare uxorem, sobolem, omnemque familiam in victu, & amictu. Item tenetur dotem dare filiabus, *l. fin. Cod. de dot. promiss.* ægrotæ uxori providere de medico, & cætera onera matrimonii sustinere: ut proinde ipsa ratio æquitatis suadeat, bona, stante matrimoniò, eidem decernere, & non uxori, quæ forsan nihil profuit, nisi in *Thalamo*; aut in *tumulo. Concord. Jus Austr. teste Sutting. in Manuscript. lit. E. vers. de clausula.* Ibi: *bona constante matrimonio acquisita inter conjuges communia esse, non fert ratio juris.*

66 *Assertio III.* Si ista clausula: *quòd utrinque conjuges constante matrimonio acquisiverint, id in commune erit*, in litteris dotalitiis expressè posita fuerit, tunc, cum pacta dent legem contractibus, *l.* 1. *§.* 6. *ff. deposit.* bona constante matrimonio acquisita; æqualiter dividenda sunt. *Walt. lib.* 3. *tit.* 15. *Sutting. loc. cit.*

Limitatur in *Litteratis*, & iis, qui *officia* habent: tametsi enim præfata clausula: *Was beyde Theil. &c.* litteris dotalitiis expressè inserta fuerit; inter litteratos tamen,& officiò aliquò provisos æqualem successionem non operatur, cùm inter Nobiles, & litteratos uxor ut plus consumat, quam lucretur, quod profectò probatione non indiget, cùm fortè tu ipse testem agere posses.

II. Considerari, & inquiri debet, an non existat aliquod statutum, aut consuetudo in eo loco, ubi maritus habet domicilium, quô statutô aut consuetudine dispositum sit, in quibus rebus, & qualiter conjuges sibi invicem succedant? si vigeat aliquod statutum, aut consuetudo, secundùm hanc Judici procedendum erit; Consuetudo enim derogat Juri communi. *l.* 9. *ff. de J. & J. Schneid. de Success. int. vir. & ux. n.* 3. *&* 4.

De *Jure Austriaco*, si Maritus moriatur, & uxor litteras dotalitias pro se nullas habeat, succedit illa marito in tertiam partem bonorum mobilium, si maritus ex prima uxore liberos post se reliquerit; si verò priùs uxorem non habuerit, aut habuerit, sed ex ea nullum hæredem reliquerit; tunc uxor in bonis mobilibus succedit in secundam partem. Ita testatur *Bernard. Walter. lib.* 3. *tit.* 67. ibi: *So ist in solchem Fall bisz hero Landsbræuchlich gewesen, dasz der Wittib, wann der verstorbene Ehe-Mann zuvor ein eheliches Weib gehabt, und von ihr Kinder hinterlassen, der dritte Theil seiner fahrenden Haab und Gütter zustehen, und erfolgen solle; wo aber der verstorbene Ehe-Mann zuvor kein Weib gehabt, oder von derselben keine Kinder vorhanden, so folget der Wittib halber Theil der Fahrnusz.* 67

Sed quid Juris in bonis *immobilibus*? ℞. hac de re quoad plebeios nihil me certi invenire potuisse, nisi quod *Walter, lib.* 2. *tit.* 80. *in fine* asserat: *Wann allenthalben* &c. i. e. *Cum nulla ex parte veniunt cognati, tunc admittit jus civile viduam ad hæreditatem defuncti mariti capiendam, & reciprocè*: id verò minimè

nimè fert conſuetudo, quippè quæ in eo caſu hæreditatem ad fiſcum defert.

Dixi : *Quoad plebeïos* ; inter perſonas enim illuſtres dotalitia, vulgò *die Wittib-Sitz*, recepta ſunt, circa quæ res ita ſe habet : *des Wittib-Stuhls halber*, &c. i. e. *Circà dotalia ſolent plebei paciſci, eaque juxtà pactum debent ſervari; qualia verò quantaque ea eſſe debeant, eorum nullus ex conſuetudine modus eſt certus; hic quippe ab arbitrio & conſenſu paciſcentium dependet. Ubi autem de dotalibus (Wittib ſtuhl) nihil eſt expreſſum, ea viduæ, matronæ, in ſtatu nobilitatis conſtitutæ (herren und ritter-ſtands) debet pro ratione conditionis aſſignari. Funſterwald. n. 4. obſ. 19. n. 5.*

Quòd ſi tandem nulla pacta dotalia exiſtant : aut nullum ſtatutum in loco, ubi maritus domicilium habet, vigeat, tunc recurrendum eſt ad Jus commune, caſus enim omiſſus remanet ſub diſpoſitione Juris communis, *l. 7. ff. de condict. cau ſ. dat. cauſ.* De Jure autem communi inter Jus antiquum, noviſſimum, & Jus Prætorium diſtinguendum.

De Jure civili antiquo, & L. XII. *Tab.* vir & uxor ſibi invicem prorſus non ſuccedebant, cùm nulla inter eos ſanguinis ſit conjunctio *l. 7. Cod. commun. de ſucceſſ.*

Verùm, cùm Prætori hoc durum & difficile videretur, conſtitüit, ut, ſi defunctus neque liberos, neque parentes, neque conſanguineos reliquerit, ſucceſſio devolveretur ad conjuges, ita, ut vir uxori, & rotâ verſâ, ſuccederet, excluſô Fiſcô, *l. unicâ. Cod. unde vir, & uxor.*

68 De Jure civili noviſſimô, ſi matrimonium ſit indotatum, h. e. mulier nullam dotem, vel maritus nullam donationem propter nuptias habeat, & præterea pars ſuperſtes ſit inops, præmoriens verò dives, tunc ſuperſtes parti defunctæ ſuccedit, ſive extent liberi, vel collaterales ; ſive non extent : & quidem, ſi extent liberi, tunc, ſi numerô ſint IV. vel plures, ſuperſtes conjux ſuccedit in virilem portionem, h. e. *bekommet einen Kindes-Theil.* Si verò III. vel pauciores liberi extent, tunc pars ſuperſtes ex conjugibus ſuccedit in quartam partem hæreditatis. Ita apertè ſancit, *Auth. præterea Cod. Unde vir, & ux. Brunn. ibid. Schneid. n. 17. Gail. obſ. 98. n. 5.*

Idem procedit, ſi non concurrant liberi, ſed collaterales ; horum enim ſi III. adſint, Conjux ſuperſtes ſuccedit in quartam partem ; ſi verò IV. ſint, vel plures, admittitur in æqualem portionem, cum hac notabili differentia, quòd in caſu, quo, ſuperſtes conjux concurrit cum collateralibus, portionis ſuæ, & proprietatem & uſum-fructum acquirat ; ſi verò unà cum liberis ſuccedat, ſolum uſum fructum conſequatur *d. auth. præterea. Manz. tit. 11. §. 5. n. 65. Schneid. n. 14.*

SECTIO V.

De Succeſſione Fiſci.

SI defunctus neque liberos, neque parentes, neque collaterales, neque conjugem poſt ſe relinquat, bona cenſentur vacantia, & Fiſco cedunt : *ſo mag die hohe Obrigkeit die Erbloſe Guther zu ihrer Cammer ziehen. l. 1. l. 4. Cod. de bon. vacant.* 69

Ad hoc autem, ut bona dicantur vacantia, requiritur, ut priùs inquiratur per proclamata publicè affixa, num non exiſtat aliquis, qui defuncti hæreditatem ſibi deberi probare poſſit, *l. ſi eo tempore. ff. de remiſſ. pig. ult. Cod. d. t.* 70

Manz. tit. 12. *n.* 5. quando, & in quibus casibus in Austria succedat Fiscus? vide *Walter lib.* 3. *tit.* 80. *per tot.*

71 Illud adhuc pro coronide notandum, quòd, si quis in peregrinatione moriatur, neque Fiscus neque hospes, Jure hospitii, bona defuncti retinere possit; sed per manus Episcopi, si fieri potest, vel hæredibus ab intestato debeant tradi; vel in pias causas erogari. *text. in auth. omnes peregrini. Cod. commun. de success. Manz. loc. cit. num.* 25.

Hóc tamen Jure non utuntur Galli; 72 enim verò in Gallia Jus, (ut vocant) *Albiganii* receptum est, vigore cujus Fiscus succedit peregrinis, seu alienigenis. *Manz. n.* 26. *Perez ad Cod. qui testam. fac. poss. num.* 6. Quod ideò memoriæ commendare volui, ut intelligant illi, qui ad *Gallos* peregrinantur, quem exitum bonorum expectare queant, si in *Gallia*, (lue fortè *Gallicâ*) naturæ debitum persolvant.

TITULUS II.

DE OBLIGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Ponitur ratio ordinis.*
2 *Definitur obligatio.*
3 & 4 *Alia est naturalis; alia civilis; alia naturalis, & civilis simul.*
5 *Explicatur definitio obligationis naturalis, & civilis simul.*
6 *Traduntur regulæ, quomodo possim cognoscere, an sit obligatio naturalis tantum; an civilis tantùm: an naturalis, & civilis simul?*
7 *Recensentur effectus istarum obligationum.*
8 *Pactum quid sit?*
9 *Quomodo differat à pollicitatione?*
10 *Pactum, aliud est nudum; aliud vestitum.*
11 *Secundùm consuetudinem pactum nudum quoad effectum non differt à stipulatione.*
12 *Pactum vestitum quid sit?*
13 *Quomodo vestiatur?*
14 *Quid contractus?*
15 *Alius est bonæ fidei; alius stricti Juris.*
16 *Quæ inter illos sit differentia?*
17 *In contractibus bonæ fidei à tempore moræ currunt usuræ.*
18 *In contractibus stricti Juris usuræ currunt à tempore litis contestatæ.*
19 *Contractus alii iterum sunt nominati, alii innominati.*
20 *Differunt, quòd in his, re integrâ, sit locus pœnitentiæ; secùs in illis.*
21 *An dolus contractus nullos reddat?*
22 *Quando Dolus, dans causam contractui, & quando in contractum dicatur incidere?*
23 *Dolus, dans causam contractui bonæ fidei, facit contractum ipso Jure nullum.*
24 *Non etiam contractum stricti Juris.*
25 *Item, si tantùm incidat in contractum.*
26 27 28 & 29 *Metus quando contractum irritet?*

CONNEXIO.

Dictum est in §. *fin. Inst. de J. N. G. & C.* omne Jus, quó utimur, pertinere vel ad *Personas*; vel ad *Res*; vel ad *Actiones*. In I. de personis: in II. & III. ad hunc usque *Tit.* de rebus actum est.

est, Sequitur recta ratione ordinis de actionibus, quarum mater cùm sit obligatio; ideò priùs de obligationibus, quàm de actionibus agendum.

Ad Principium.

2 In hoc principio Sacratiss. Princeps Justinianus definit obligationem, aitque *esse Juris vinculum, quò necessitate adstringimur, alicujus rei solvendæ secundùm nostræ civitatis Jura.* Antequàm hanc obligationis definitionem explicem, juvat vidisse, *quotuplex* sit *Obligatio*? Ita enim intelliges, qualem obligationem hìc Imperator definierit.

3 *Dividitur* autem obligatio in *naturalem tantùm, civilem tantùm, & naturalem & civilem simul.* Obligatio *naturalis tantùm* est vinculum, adstringens ad
4 præstandum id, quod solo Jure naturæ debetur, *l. 95. §. 4. ff. de solut.* talis v. g. est, *quæ ex nudo pacto provenit; ex testamento imperfecto; ex conventione patris cum filio, &c.* Obligatio *civilis tantùm*, est vinculum, adstringens ad præstandum, quod solò Jure civili debetur, talis est *quæ oritur ex litterarum obligatione; ex sententia condemnatoria non debitoris, l. 56. ff. de re jud.* Item oritur obligatio, *civilis tantùm*, quando quis, deferente adversariò jurat, eum sibi debere centum, quod petit. Hoc in casu jurans obligat adversarium, esto hic nihil debeat, *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. ff. de Jure jur.* non naturaliter (uti patet) ergò civiliter. *Clariss. D. D. Franz. Inst. hic. n. 8.* Obligatio *naturalis, & civilis simul*, est vinculum, adstringens ad præstandum quod Jure naturali, & civili debetur. Talis est, quæ ex negotiis, utroque Jure validis consurgit, v.g. ex *stipulatione, emptione, venditione, locatione, conductione, &c.* & de hac obligatione naturali, & civili simul procedit posita definitio, in qua

Dixi I. *vinculum*, quod est *genus*; om- 5
nis enim obligatio est vinculum, *l. 59. ff. de condict. indeb.*

Dixi II. *Juris*, quæ vox locò *differentiæ* ponitur, nam per eam vinculum obligationis distinguitur ab omnibus aliis vinculis materialibus, hoc est, illis, quibus fortè vinciuntur boves; aut aliæ res. *Harp. n. 8.*

Dixi III. *Quò necessitate adstringimur*, quibus verbis continetur vis & officium obligationis, quod in eo consistit, ut invitos etiam, & nolentes necessariò adstringat, proditò in eum finem remediò actionis; quamprimùm enim quis naturaliter & civiliter obligatur, nascitur inde actio, *l. 42. §. ea ff. de procurat.* Unde contractus ab initio dicitur voluntatis; ex post facto necessitatis, *l. 16. §. 3. ff. commodati. l. 5. Cod. de O. A. Manz. ad prin. n. 4.*

Dixi IV. *Alicujus rei solvendæ*, quæ particulæ effectum obligationis declarant; quia verò verbum rei, & verbum solutionis generalia sunt, generaliter quoque intelligenda sunt, ut non tantùm, de re aliqua danda; sed etiam de faciendo intelligantur, ut sensus sit: obligatio est Juris vinculum, quò necessitate adstringitur ad aliquid dandum vel faciendum. *Manz. num. 5.*

Dixi V. *Secundùm nostræ civitatis Jura*, h. e. juxta constitutionem in *l. 23. quod met. caus.* ubi sancitur, quòd nemo debeat propriâ authoritate Jus sibi dicere; sed per legitimas actiones illud persequi, *Schneid hic.*

Advertis modò, definitam hìc esse obligationem naturalem, & civilem simul; neque enim naturalis tantùm, neque civilis tantùm habet illam necessitatem solvendi. Non naturalis; quia natura-

naturaliter tantùm obligatus nulla actione ad solutionem compelli potest. *l.* 1. *ff. de pact.* Non civilis tantùm, quia per exceptionem doli eliditur; paria autem sunt; actionem nullam habere, & talem; qualis per exceptionem infirmari potest, *Manz. n.* 8.

6 *Q.* I. Quomodo possim cognoscere: num ex aliquo negotio consurgat obligatio naturalis, & civilis simul? ℟. hoc posse colligi ex his quatuor seqq. regulis.

Prima est hæc. Quando lex civilis expressè resistit conventioni contrahentium, quando prohibet, actum, vel contractum fieri, tunc neque naturalis, neque civilis obligatio oritur, *l.* 5. *Cod. d. ll.* ubi diserte cautum est; nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Tale exemplum est in prodigo, cui bonis interdictum est, *l.* 6. *ff. de O & A.* qui neque civiliter obligatur. *Schneid, n.* 13. *Zoës. ff. de O. & A. n.* 43.

Secunda regula est hæc. Quando lex civilis, vel canon alicui conventioni neque resistit, tunc sola, & nuda obligatio naturalis tantùm nascitur propter consensum, & naturalem æquitatem. Talis obligatio naturalis tantùm nascitur I. ex nudo pacto; hæc enim talis est conventio. cui lex, vel canon expresse neque resistit, neque assistit, *l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* II. ex contractu, inter patrem, & filiumfamilias initó; pater enim, & filius in jure civili pro una eademque persona habentur, *l. fin. Cod. de impub. & aliis subst.* Sicut ergò aliquis sibi non potest obligari; ita nec pater filio, nec filius patri; quia alias sibi obligaretur. Cùm verò ista fictio de Jure duntaxat civili procedat, & filius, & pater de Jure naturali diversæ personæ esse censeantur: ideò sibi invicem, saltem naturaliter, obligantur, *Manz. num.* 36. *Schneid. num.* 16. III. Obligatio naturalis tantùm consurgit ex testamento imperfecto, propter voluntatem defuncti, quà de re ex professo egimus, *lib.* 2. *tit.* 20. *n.* 24.

Tertia regula. Quando lex civilis expressè assistit alicui conventioni, & præterea æquitas naturalis, & consensus adsit, tunc oritur efficax obligatio, & naturalis, & civilis. Illa, propter consensum, hæc, propter approbationem Juris civilis. Exempla nobis sunt omnes contractus, à Jure civili approbati, v. g. *emptio venditio, locatio, conductio, Mutuum, commodatum, depositum, &c. Chlingensp. Q.* 3. *hic.*

Quarta regula. Quando lex civilis alicui conventioni expressè assistit; in qua tamen æquitas naturalis deficit, tunc, propter assistentiam legis, oritur obligatio, civilis tantùm. Exemplum prostat in litterarum obligatione & in non debitore, per sententiam condemnató. Dissent. *Zoës. ff. de O. & A. n.* 9. ubi latissimè discurrit, num detur obligatio civilis tantùm; & tandem *negativè* concludit, quæ sententia, si ad lancem solidioris Jurisprudentiæ appendatur, quàm exiguis fundamentis nitatur, utique demonstrâssem, nisi otiosum tenuissem, de lana caprina multùm contendere.

Quinam sint effectus istarum trium Obligationum?

IV. Obligationis naturalis tantùm, 7 tres præcipui sunt effectus I. est, quòd, licèt non producat actionem, *arg. l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* producat tamen exceptionem, *d. l.* 7. §. 4. Ut ecce: obligatus mihi es naturaliter & civiliter ex contractu

tractu mutui, postea per nudum pactum tecum constituo, quod illud debitum à te nunquam velim exigere. Hoc pactum, ex quo consurgit naturalis obligatio, parit exceptionem, & si ego à te illud mutuum petam, poteris me repellere per exceptionem pacti de non petendo *l.* 27. §. *pactus ff. de pact.*

I I. Effectus obligationis, naturalis tantùm, est, quòd naturaliter tantùm, debitum, si fuerit solutum, repeti non possit. Ut ecce: hæres ex testamento, minùs solemni, relictum legatum præstat; vel quis ex nudo pacto promissum solvit, hoc in casu soluti non datur repetitio *l.* 10. *ff. de O. & A.* naturaliter enim debita, si soluta fuerint, repeti non possunt. *Schneid. n* 25.

III Effectus obligationis naturalis est, quòd debitum, naturale tantùm, compensari possit cum debito, naturali & civili simul *l.* 6. *ff. de compensat.*

IV. Quòd in constitutum rectè deducatur *l.* 1. §. *pen. ff. de const. pecun. Clariss. D. D. Franz. hic. n.* 6. ubi plures effectus obligationis, naturalis recenset.

Effectus obligationis, naturalis & civilis simul, est quòd pariat actionem, &, si per aliquam exceptionem non elidatur, exactionem. *l.* 27. §. 2. *ff. de pact. Manz. n.* 62. *Schamb. Inst. hic.*

Effectus obligationis, civilis tantùm, est, quòd pariat actionem; non autem exactionem, quia per exceptionem, v. g. *non numeratæ pecuniæ*, *pacti de non petendo*, actio excluditur §. *prætereà. Inst. de except. Schneid. n.* 7.

§. Omnium 1.

Summa seu prima divisio obligationis, naturalis & civilis simul desumpta est à causa efficienti remota, & secundùm quam obligatio alia est *civilis*; alia *prætoria*, quæ aliò nomine etiam honoria vocatur. *Civilis* vocatur illa, quæ à Jure civili vel ex *L. XII. Tab.* vel ex SC. vel Plebisc. vel Constit. Principum, vel Responsis Prudentûm inducta, & approbata est. Talis est legis Aquiliæ obligatio, ab Aquilio, tribuno plebis, & sic à plebiscito inducta *l.* 1. *ff. ad leg. Aquil.* Item obligatio de pauperie, quam quadrupes fecisse dicitur, à *L. XII. Tab.* introducta. Idem obligatio litterarum, stipulatio, sponsalitia largitas, &c. *Manz. hic. Prætoria* est, quæ à prætore inventa est, v. g. *obligatio ex furto Prin. Inst. de perpet. & tempor act.* ex rapina *prin. Inst. de vi bon. rapt.* ex constituto §. 11. *Inst. de act.* ex Jure Jurando voluntario §. 11. *Inst. eod.*

Differentia inter obligationem civilem, & prætoriam, præter alias, hæc est præcipua, quòd illa sit perpetua, & duret XXX. annis, hæc verò annalis sit & unius anni spatio circumscribatur. *Schneid. n.* 6. *hic.*

§. Sequens fin.

Secunda divisio obligationis est, quod alia oriatur *ex contractu*; alia *ex quasi-contractu*; alia ex *delicto*; alia ex *quasi-delicto*. Illa verò, quæ ex contractu nascitur, iterum vel *re*, vel *verbis*, vel *litteris*, vel *consensu* contrahitur, prout (annuente DEO) per decursum hujus libri videbimus. Interest tamen, priusquàm ad contractus in specie descendamus, juvat hic, velut in vestibulo, naturam contractûs in genere excutere; &c, cùm pacta adhuc latiùs pateant contractu, ideò primò locò differendum de pactis.

Pactum definitur, quòd sit duorum 8 vel plurium in idem placitum consensus *l.* 1. §. 1. *ff. de pact.*

9 Dixi I. *duorum, vel plurium*, dif-tinguatur à pollicitatione, quæ folius eft offerentis promiffum *l. 3. ff. de pollicitat.* Hæc Pollicitatio ejus eft naturæ, & indolis, ut nullam omnino obligationem producat, quamdiu ex parte altera non intervenit acceptatio, quâ interveniente, in verum pactum tranfit, ita ut confurgat obligatio naturalis. Ante acceptionem autem nullam planè producit obligationem, ita ut pœnitere, & pollicitationem promittenti liceat revocare *l. 2. §. 6. & l. 10. ff. de donat.* ubi dicitur, licèt in aliquem donationem contulerim, remque donatam per nuntium miferim, rei tamen dominium in donatarium non transferri, fi aut omnino non accepationem decefferit *P. Engel. ad Decret. de pact. n. 2.*

Limitatur I. Si pollicitatio facta fit Ecclefiæ, pauperibus, vel piæ caufæ; hæc enim ftatim obligat, licèt nulla intervenerit acceptatio: quia cenfetur à DEO acceptata.

Limitatur II. Si pollicitatio facta fit Reipubl. ex aliqua caufa, puta: ad reparationem incendii, ruinæ &c. enim ftatim obligat, cùm cenfeatur acceptata à lege *l. 1. ff. de pollicita. l. 3. l. 6. §. 2. l. 9. ff. Eod. Glettle tract. de pact. cap. 1. n. 2.*

Dixi II. *In idem placitum*, fubintellige; de dando aliquo vel faciendo: non enim quilibet in idem placitum confenfus eft pactum; fac enim, quòd duo, vel plures in eandem fententiam confpirent, hic datur duorum, vel plurium in idem placitum confenfus, & tamen non datur pactum; ergò benè fubintelligitur, de dando aliquo vel faciendo *Bachav. ad Treutl. vol. 1. disp. 6. th. 1. lit. A.*

10 Dixi III. *confenfus*, quæ vox *generis* locum obtinet.

Dividitur I. pactum in *nudum & veftitum.* Nudum eft, quod in nudis placiti finibus confiftit. *Schneid. Inft. hic n. 6.* Seu eft, id, quod neque caufam, nec etiam eam de jure firmitatem habet, ut actionem generare poffit. Ut ecce: placuit inter nos liberos noftros permutare. Hæc conventio, antequam ab alterutra parte adimpleaur, dicitur nudum pactum; quia neque fpeciale nomen habet, puta, *emptionis*, *venditionis*, *donationis*, *&c.* neque caufam, hoc eft aliquod datum, vel factum certà lege ut viciffim alter aliquid det vel faciat. Neque eam de jure, firmitatem habet, ut actionem generet, ait enim, quæ lex, quæ conftitutio hanc ei firmitatem dederit? aliud exemplum nudi pacti accipe: Ego tibi præfenti pecuniarum fortè indigo, abfque ulla caufa, & nullà præcedente ftipulatione, promifi dare pecunias mutuas, vel commodare meum equum; ut, id tibi per quam gratum fore refponfifti. Hóc in cafu ifta mea promiffio ante rei interventum nihil eft, nifi nudum pactum, quod neque nomen, neque caufam habet, neque actionem producit *d. l. 7. §. 4.*

Dixi: *nullâ ftipulatione præcedente*: fi enim ftipulatio præceffiffet, hoc eft, fi una pars interrogâffet: *promittisne dare centum?* & altera refpondiffet: *promitto.* Tunc oriretur efficax actio, & obligatio; licèt res actualiter non interveniffet, *Zoef. ff. de V. O. n. 4.* Unde patet, quæ fit inter pactum nudum, & ftipulationem differentia? Nam fi ego alteri præfenti, & confentienti, abfque interrogatione præcedente, ex lucrativa caufa aliquid promittam; oritur nudum pactum. Secùs, fi interrogatio præcefferit, & ego defuper refponderim me promiferim; tunc enim non nudum

dum pactum : , fed ſtipulatio naſcitur, per quam nudum pactum veſtitur. *Schneid. Inſt. h. t. de pact. n.* 13. *Manz. Inſt. de V. O. in prin. n.* 3.

11 *Quæres* I. An etiamnum hodie aliqua ſit inter nudum pactum, & ſtipulationem differentia? ℞. Secundum conſuetudinem ferè totius Europæ quoad effectum inter nudum pactum & ſtipulationem nullam amplius obſervari differentiam; verùm ex illo non minùs, quàm ex ſtipulatione, actionem produci. Quod, num veritate valeat? Illi noverint, qui inter quotidianos cauſarum ſtrepitus in Foro, ac Tribunalibus ſudant. Vide *Carpz. p.* 2. *Conſt.* 19. *deſinit.* 17. *n.* 7. *Brunem l.* 45. *ff. de pact. Weſenb. in parat. de pact. n.* 10.

12 *Pactum veſtitum* eſt, quod non in ſolius placiti finibus conſiſtit;ſed vel tranſit in proprium per legem nomen, vel habet cauſam, vel aſſiſtentiam legis, ut actionem producat. Hoc pactum nomine, magis, propriò, contractus appellari poteſt *P. Engel. n.* 7. *de pact.*

13 *Quæres* II. Quot, & quibus modis nudum pactum veſtiatur? ℞. variis modis veſtiri. I. veſtitur *legis aſſiſtentiâ*? quando nimirum, ipſa lex alicui negotio, quod alias nudum pactum eſt, eam firmitatem atque efficaciam accommodat, ut actionem producat. Sic veſtitur, & firmatur. I. pactum donationis *l.* 35. §. *fin. Cod. de donat.* §. 2. *Inſt. eod* II. pactum dotis *l. un Cod. de rei uxor act.* III. Pactum de conſtituto §. 9. *Inſt. de act.* IV. Pactum hypothecæ *l.* 4. *ff. de pignor.* & plura alia, quæ recenſet *Clariſſ. D. D. Franz. loc. cit. n.* 29. *Schneid. n.* 9. II. veſtitur nudum pactum *re*, veluti in contractibus realibus, puta! *mutuò, commodato, depoſitò pignore, &c.* licèt enim centies ibi promittam, mutare centum, commodare meum equum, &c. nunquam tamen contrahitur mutuum, aut commodatum, niſi res interveniat, hoc eſt, niſi numerentur centum, aut tradatur equus. III. veſtitur pactum *verbis*, ut in ſtipulatione *l.* 14. *Cod. de pact.* Nam ſi tibi abſque prævia ſolennitate verborum (quæ in interrogatione unius & congrua reſponſione alterius conſiſtit) aliquid promittam, nudum pactum erit. Si verò interrogatio præcedat, & ſubſequatur reſponſio, v. g. ſi me ita interroges: *promittis dare centum*? & ego reſpondeam: *promitto*, Tunc producitur actio ex ſtipulata, prout *infrà.* 16. *latiùs hac de re diſſeremus.* IV. veſtitur pactum *conſenſu*;tametſi enim in omnibus pactis conſenſus intervenire debeat; ſunt tamen certæ conventiones quæ ſolo conſenſu ita perficiuntur, ut ſtatim actionem producant; licèt res nondum interveniret; prout patet in *emptione, venditione, locatione, conductione, Mandato,* & *Societate*, de quibus ſuò locò. V. veſtitur pactum per cohærentiam cum *contractu*; ſi ſcilicet incontinenti adjiciatur *contractibus bonæ fidei*, v. g. ſi vendo tamen tibi domum meam, appoſitò iſtò pactò, ut liceat mihi adhuc per unius anni ſpatium in ea habitare. *Schneid. n.* 17. *P. Engel. n.* 8. Huc uſque de *pactis*: Sequitur *de contractibus in genere.*

Contractus à variis variè, à paucis benè definitur. Placet, *quòd ſit conventio, ſpeciale nomen habens, vel, eo deficiente, cauſam.* Glettle *tr. de pact. cap.* 2. §. 3. *n.* 7. 14

Dixi I. *Conventio* quæ vox *generis* vicem ſuſtinet, cùm latior ſit definitio, omnis enim contractus eſt conventio; at, verſâ rotâ, non omnis conventio eſt contractus; nam pactum nudum eſt conventio: non tamen contractus.

Dixi II. *Speciale nomen habens*, hoc eſt tale nomen, quô auditô conceptus no-

ster statim fertur in certum aliquod negotium, cui nomen illud à Jure est alligatum. Ut ecce: auditô nomine *mutui*, conceptus noster statim tendit in tale negotium; quo res fungibilis traditur cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Similiter, audito nomine *emptionis*, *venditionis*, conceptus noster statim fertur in tale negotium, quo hoc agitur, ut fiat permutatio mercis cum pretio.

Dixi III. *Vel eô deficiente, causam* nomine autem causæ in præsenti materia nihil aliud intelligitur, quàm conventionis impletio, ab alterutra paciscentium parte facta; sive (ut explicatius loquar) nomine causæ nihil aliud denotatur, quàm *datio*; vel *factum*, quo conventio ab uno paciscentium eà intentione impletur, ut alter, ad vicissim quid præstandum, incipiat, efficaciter esse obligatus. Ut ecce: placuit inter nos, equos nostros permutare. Hoc in casu, antequàm tibi dem meum equum, vel tu mihi tuum, nuda est conventio, nudum est pactum pariens quidem utrinque obligationem, sed non exactionem. At, quam primùm ego tibi meum equum dedi; vel tu mihi tuum, desinit ita conventio esse nuda, & illicò in contractum transit. *Ratio*, quia per implectionem, ex alterutra parte factam, causam acquirit, quam causam ponit impletio unius, eà intentione facta, ut & alter conventionem impleat. *Glettle loc. cit. n.* 10. *Clariss. D. D. Franz. n.*41. & plures alii ab his allegati.

15 *Dividitur I.* contractus, quò l alius sit *bonæ fidei*; alius *stricti Juris*. Ubi

Observa, bonam fidem in Jure nostro bifariam accipi I. quatenus significat, quidquid à *dolo, fraude*, & *calliditate* alienum est, sicuti bonæ fidei emptor dicitur, qui ignorans rem alienam emit *l.* 109. *ff. de V. S.* Hôc sensu bonâ fide gestum dicitur omne illud, ubi abest dolus *l.* 68. *ff. de contrah. empt.* II. Quatenus significat id, quod *æquum* & *bonum* est, ac à *rigore Juris* alienum *l.* 81. *ff. depositi.* & in hoc sensu accipitur bona fides in hac nostra divisione, h. e. pro justo, & æquo, ut sensus sit quòd contractus bonæ fidei illi dicantur, in quibus bona fides exuberare debet, ita, ut Judex in illis etiam de eo judicet, quòd inter partes conventum non est; modò tamen æquum sit, & bonum *arg. l.* 31. *§. in bonæ fidei ff. de Usur.* ubi habetur, quod in contractibus bonæ fidei à tempore moræ curant usuræ; licet in casum moræ de iis nihil conventum; nihilque cogitatum sit. Tales autem contractus bonæ fidei dicuntur omnes, quorum actionem enumerantur *in* §. 28. *Inst. de act. Schneid. n.* 17.

Contractus *stricti Juris* sunt, in quibus Judex de iis duntaxat judicat, de quibus nominatim, & diserte inter partes conventum est. Tales sunt *Mutuum*, *stipulatio*, & omnes illi, quorum actiones *in cit* §. 28. *Inst. de act.* non enumeratur. Unde 16

Colliges: præcipuam inter contractus bonæ fidei & stricti Juris, hanc esse *differentiam*, quòd in illis Judex etiam de iis judicet, de quibus nominatim actum non est; si modò æqui bonique ratio id suadeat. Contra verò in contractibus stricti Juris Judicis potestas ad rigorem conventionis ita adstricta sit, ut nequeat judicare: vel condemnare ultra id quod à partibus expressum est *l.* 99. *ff. de V. O.* Ut ecce: ego vendidi tibi fundum, nondum perceptis, sed pendentibus fructibus. Hoc in casu, licèt nulla in contractu fructuum mentio facta sit, ii nihilominus tamen unà cum ipso fundo censentur venditi *l.* 13. §. 10. *ff. de act. empt.* 17

empt. vend. Contrà verò, si eundem fundum stipulanti tibi promiserim, fructus præstare non tenebor, utpote in contractu stipulationis nominatim, & expresse non promissos *l.* 78. *§.* 1. *ff. de V. O.* Pone iterum, quòd equum aliquem, benè ornatum, tui gratiâ obequitaverim, ac eum posteà tibi vendiderim. Hoc casu licet nulla ornamentorum facta sit mentio eo tamen nihilominus tenebor præstare; utpote qui equum talem censeor vendidisse, qualem obequitavi *l.* 38. *ff. de ædilit. edict.* At verò si fingamus, me eundem equum tibi stipulanti promisisse, hoc in casu (nisi expressa ornamentorum mentio facta sit) ea tibi præstare non tenebor *d. l.* 99. *ff. de V. O. Glettle loc. cit. cap.* 3. §. 1. *num.* 10.

18 *Secunda differentia* inter contractus bonæ fidei, & stricti Juris notatu digna est, quò in contractibus bonæ fidei usuræ incipiant currere statim à die moræ commissæ *l.* 3. §. 1. *& l.* 32. §. 2. *ff. de usurp. Harp. Inst. de act.* §. 28. *n.* 18. *Brunnem. in d. l.* 3. §. 1. *Wesenb. in paratit. de Usur. n.* 3. In contractibus verò stricti Juris usuræ a tempore moræ non debentur; enim verò expedita res est, in stricti Juris contractibus usuras non deberi; nisi expressè in stipulationem deductæ fuerint *l.* 3. *Cod. de Usur. Glettl. de pact. cap.* 3. §. 1. *n.* 12. *Brunem. in d. l.* 3. *Schneid. Inst. de act.* §. 28. *num.* 34.

Quæres IV. à quo ergò tempore in contractibus stricti Juris currant usuræ? Sunt qui autument, in contractibus stricti Juris neque à tempore litis contestatæ deberi usuras; nisi expressè per stipulationem fuerint promissæ. Ita *Schneid. & Glettle loc. cit. Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 3. *th.* 3. *Q.* 14. *Bach. ibid. lit. C. Vasq. Quæst. Illust. lib.* 3. *cap.* 36. *num.* 47. Moventur per *l.* 1. *C. de Condict.* 1. *in debiti*, & *l.* 3. *Cod. de usf.* quibus locis generaliter, & indistinctè sancitur; usuras in contractibus stricti Juris, qualis etiam est indebitum *arg.* §. 28. *inst. de act.* non deberi aliter quàm si expressa conventione fuerint promissæ. *Sunt è contra alii*, qui utraque manu propugnent: in contractibus stricti Juris usuras deberi à tempore litis contestatæ. Ita *Harp.* §. 28. *Inst. de act. n.* 18. *Carpzov. part.* 2. *const.* 20. *def.* 17. *& lib.* 4. *Resp.* 56. *Brun. in l.* 35. *ff. de Usur.* ubi ait: hanc sententiam judicando multoties observatam esse. Moventur præcipuè per *d. l.* 35. *ff. de usur.* in his verbis: *lite contestatâ, usuræ currunt.* Nec est, cur dicas, *d. l.* 35. de bonæ fidei contractibus intelligendam esse; siquidem paulò antè in *l.* 32. §. 2. *eod. tit.* apertè definitum est, usuras in contractibus bonæ fidei à litis contestatæ tempore currere, ut proinde verisimile non sit, eandem quæstionem denuò movere, & in *cit. l.* 35. demum definire voluisse.

Mihi in hac rerum concertatione arridet posteriorum sententia docentium, à tempore litis contestatæ deberi usuras in contractibus stricti Juris; tum, quia textu sat claro nititur; tum, quia eidem suffragari videtur Consuetudo Austriaca. Teste *Walter leb.* 2. *tit.* 10. his verbis: *Wann der schuldner* i. e. *Cum debitor creditori nullam promisit usuram, tunc, nihil eo nomine debetur, nisi ex quo venerit dies sorti solvendæ constituta* (zahl frist). *Si autem die vel primâ, vel alterâ aliâve omni elapsâ, debitor in mora fuerit dolosè; tunc hic damnum ex mora dilationeque injusta ortum, nec non usuras legitimas vicessimas* (5 pro 100) *à tempore moræ computandas præstabit. Sed et si à creditore nulla fuerit facta denunciatio, nec ab eo debitor sit monitus ut solvat*

hoc etiam in casu, cùm dies interpellet pro creditore, veniunt usuræ nihilominus à debitore præstandæ à tempore moræ.

Tertia differentia inter contractus bonæ fidei & stricti Juris est, quòd contractus bonæ fidei ipso Jure nulli sint, si dolus iis causam dederit: contrà verò contractus stricti Juris, dolo malo initi valeant, & duntaxat producant exceptionem doli contra fraudatorem. *Schn. loc. cit. num.* 32. Qua de re nos infrà prolixiùs.

20 *II. Dividuntur* contractus in *nominatos* & *innominatos*. Nominati sunt, qui speciale nomen habent, à lege sibi attributum, v. g. *Mutuum commodatum, depositum, pignus, stipulatio, locatio, conductio, emptio, venditio, Societas, mandatum &c.* Innominati dicuntur, qui non habent nomen proprium, habent tamen causam *l.* 7. §. 2. *ff. de pact.* Hujusmodi sunt contractus *do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias.* Item *permutatio*, quæ, licèt habeat elegans nomen, quia tamen in genere comprehendit omnem contractum, per quem res cum re permutatur, dicitur innominatus, & sic speciali nomine caret. *Schneid. Inst. hic. n.* 11. *Harp. Inst. hic. n.* 20.

21 Præcipua, & principalis *differentia* inter hos duos contractus est, quòd in contractibus nominatis, re, etiam adhuc integrâ, non sit locus pœnitentiæ *l.* 5. *Cod. de O. & A.* ubi contractus dicuntur esse ab initio *voluntatis*, ex postfacto autem *necessitatis*. Contra verò contractus innominati ejus sunt naturæ, atque indolis, ut in iis, re adhuc integrâ pœnitentiæ locus sit *l.* 5. *ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* ita ut ille, qui ex sua parte contractum implevit, pœnitere possit, & ab eo, qui necdum satisfecit, datum repetere, licèt neque in mora sit, nec in culpa. Imò, etsi paratus sit ex sua quoque parte contractum implere, vel aliqua præparatoria ad implendum fecerit. *Text. in l.* 3. §. 2. & 3. *l.* 5. §. 1. & 2. *ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. Molina de J. & J. disp.* 258. *num.* 3. Ratio, quia is, qui dicto modo dedit, non obligat se accipienti, sed tantùm hunc sibi obligat, ad vicissim quid dandum, vel faciendum: ergò potest ille, qui jam implevit contractum, Jure suo cedere, & nolle alterum, qui accipit, sibi obligatum esse: adeoque libere pœnitere. Econtra ei, qui necdum implevit contractum, sed tamen ab altero aliquid accipit, non licet pœnitere sed compelli potest *Actione præscriptis. verbis*, ad implendum contractum; vel si malit is, qui aliquid dedit, *condictione, causâ datâ, causa* non *secuta*, ad restituendum, quod datum est. Ita *Clariss. D. P. Konig. ad decret. de pact.* §. 3. *n.* 15. *P. Engel. ibid.* §. 3. *n.* 13. *Clariss. D.D. Franz. Inst. h. t. n.* 13. *Fach. lib.* 11. *cont.* 8.

Hactenus dictum est, quid & quotuplex sit contractus. Jam verò, cùm frequenter contingat, contractibus immisceri *dolos*, aut eos celebrari *metu*; Superest inquirere, quid in quovis casu sentiendum? *Quæres* V. An dolus contractus ipso Jure nullos reddat?

Ut solennis ista *Quæstio* accuratiùs resolvatur, referre (existimo) an dolus dederit causam contractui, an inciderit in contractum? *Causam* verò *dare contractui* dicitur *dolus*, quando quis, eò præscitò nullo modo fuisset contracturus. Sin autem adhuc fuisset contracturus, sed non eodem modò tum dicitur *dolus incidere in contractum*, v. g. vult quispiam emere vinum Austriacum, & nullum aliud. Venditor decipit emptorem, dando Moravicum, & asseren- 22

de,

do, esse Austriacum. Hoc in casu dolus dicitur, dare causam contractui, quia, praescitò dolò, non fuisset contracturus. Quòd si emptor adhuc emisset Moravicum, sed non eodem pretiò, quo Austriacum, tum dicitur dolus incidere in contractum. *Schamb* §. 30. *Inst. de act. Zoës. ff. de dolo malo.* His praelibatis, sequitur.

23 *Assertio* I. Dolus, dans causam contractui bonae fidei, facit contractum ipso Jure nullum ex parte decepti. Ita re ipsâ docent. *Vinn. lib.* 1. *select. quaest. cap.* 12. *Zoes. loc. cit. Glettle. part.* 1. *quaest.* 25. *Schamb. loc. cit. Carpz. part.* 2. *const.* 34. *definit.* 9. *n.* 3. *Gail. lib.* 2. *obs.* 2. *n.* 6.. Idque, in foro conscientiae etiam verissimum, tradunt. *Covarr. in reg. possessor. part.* 2. §. 6. *n.* 6. *Molina de J. & J. disp.* 352. *n.* 4. Dissent. *Clariss. D.D. Franz. Inst. h. t. n.* 85. *Haunold. tom.* 3. *de J. & J. tr.* 8. *cap.* 2. *cont.* 1. §. 3. *num.* 86. *Probatur* nostra Assertio I. per *l. & eleganter* 7. *ff. de dolo malo* ubi disertè cautum est, nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, minor circumscriptus est. *Brunn. ibid.*

Secundo per *l.* 3. §. *ult. ff. pro Socio*, ubi dicitur, Societatem, si dolo malò, aut fraudandi causâ, coita sit ipso Jure nullius momenti esse, ex ratione, ibi subjectâ, quia contractus Societatis est bonae fidei, cui nihil est magis contrarium, quàm fraus & dolus

Dices: I. Ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus esse ipso Jure nullus; sed, licèt dolus causam dederit contractui bonae fidei, adest tamen consensus, adsunt caetera substantialia, puta, *merx & pretium*, ergó contractus non est ipso Jure nullus. ℞. Ad hoc argumentum *neg. min* dolus enim excludit consensum, ad valorem omnis contractûs essentialiter requisitum,

Instabis: utique adest consensus in corpus; ergo vera est *minor*, videlicet adesse consensum. ℞. In contractibus bonae fidei non sufficere, adesse consensum in corpus, sed requiri consensum in causam siquidem is, qui contrahit, non absolutè sed conditionatè consentire, à lege praesumitur, puta, *si omnes circumstantiae, quae ad contrahendum impulerunt, à parte rei subsint.* Unde, si una ex circumstantiis allegatis deficiat, jam etiam deficere consensum, atque adeò contractum nullum esse, intelligitur, *Zoes. loc. cit. n.* 14. aliter *Glettle tract. de pact. cap. ult.* §. 2. *n.* 17.

Objicies II. Vis, & metus non reddunt contractum ipso Jure nullum, prout infrà dicemus ergò neque dolus. ℞. *concess. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd metus palam dolus autem clàm inferatur, & is, qui metu inductus consentit, eligendo inter duo mala minus. Contra, dolò circumventi, ut si aliqua voluntas; non tamen tam enixa est, & certa; quàm illius, qui metum passus est, quia decipitur.

Objicies III. ex contractu bonae fidei, cui dolus causam dedit, transfertur dominium *arg. l.* 7. *ff. de dolo malo*: ergò contractus talis non est ipso Jure nullus, cùm, quod de Jure nullum est; nullum producat effectum. ℞. Quòd translatio dominii non arguat necessariò valorem causae praeviae, prout patet in solutione indebiti, ubi si quis, errore ductus, solvat, quod non debet transfertur dominium; licet non subsit causa, de Jure valida; & subsistens.

Objicies IV. *l.* 5. *Cod. de rescind. vend.* ubi contractus, cui dolus causam dedit, rescindi dicitur, ergò tenuit, privatio enim supponit habitum. ℞. Vendionem ibi

ibi rescindi de facto, prout in simili in *l. 1. ff. de feriis.* Sententia rescindi dicitur, quæ ipso Jure nulla est.

Cæterum, dixi in Assert. I. *ex parte decepti*; nam, si deceptus, & dolò circumventus contractum servare velit, eundem etiam servare tenetur decipiens, cùm ex hujus parte consensus sit absolutus, ut temerè refragetur, si alter valorem contractûs urgeat, deberet enim propriam turpitudinem in sui favorem allegare, qualem allegans non auditur, *l. 30. Cod. de transact.* & dolus nemini debet patrocinari, *l. 2. ff. de except. doli.*

24 *Assertio* II. Dolus, dans causam contractui stricti Juris, non reddit contractum ipso Jure irritum, *l. 5. Cod. de inut. stipul.* ubi obligari, ac efficaci actione conveniri posse, dicitur, qui, dolò inductus promisit stipulanti; competit tamen decepto, si nondum impleverit contractum, exceptio doli mali, qua agentem ex contractu repellit, *l. 5. Cod. d. t.* & *l. 37. ff. de V. O.* Si verò contractum jam impleverit, & alia fortè desint remedia, dabitur ei actio de dolo, tanquàm ultimum subsidium. *Glettle tract. de pact. cap. ult.* §. 2. *n.* 23.

Sed an, quæ est ratio disparitatis, quòd dolus dans causam contractui bonæ fidei contractum reddat ipso Jure nullum; secus contractum stricti Juris? En hæc est differentiæ ratio, quia in contractibus bonæ fidei consensus requiritur non tantùm in corpus sed etiam in causam, utpote in quibus exuberare debet bona fides. In contractibus verò stricti Juris sufficit, adesse consensum in corpus utpote qui recipiunt strictissimam interpretationem, & in iis non veniunt nisi ea, quæ exigi stricta contractûs natura, ad quam sufficit, adesse consensum in corpus, Ita subtiliter discurrit. *Zoës. loc. cit.*

Assertio III. Dolus, insidens in contractum, seu bonæ fidei, seu stricti Juris, non annullat quidem contractum; datur tamen decepto actio ex eodem contractu, ut damnum resarciatur, atque illud, in quo damnificatus est, suppleatur *l. 9. prin. ff. de dolo malo* & *l. 13. §. 4.* & *5. ff. de act. empt. vend.* Ita communiter omnes. 25

Quæres VI. An metus contractum reddat ipso Jure nullum?

Priusquam resolvatur ista *Quæstio*, notandum venit, quid? & quotuplex sit metus? Itaque

Metus *describitur*, quòd sit *præsentis, vel imminentis periculi*; *vel mali causâ, mentis trepidatio.* Hic vel provenit à causa *necessaria*; vel à causa *liberâ.* A causa necessaria dicitur provenire, si incutiatur à morbo, periculò naufragii, aut alio simili principiò naturali. A libera, si inferatur ab homine. Metus, à causa libera proveniens, *dividitur* in *gravem*, & *levem.* Uterque iterum vel est *justus*, vel *injustus*, prout diximus *lib. 1. tit. 10. n. 95.* quò brevitatis causa remissus esto.

Assertio I. Metus, procedens à causa necessaria, contractum non reddit irritam, neque irritabilem *cap. sicut.* ✠ *de regular.* Ratio, quia injuriam non patitur, qui metum, à causa naturali incussum sustinet. Qua fronte enim, quo colore animi quis Æolo, aut Neptuno succenseat; vel eos improbos; & injustos arguat; si, concitata, horridà tempestate, quam coëgerint, ut Jovlli-taret? Accedit, quòd vota etiam & juramenta, ac cœteræ promissiones, in gravi tempestate aut infirmitate ex timore mortis facta, irrescindibiliter valeant, ergò etiam valebit contractus. *Glettle tract. de pact. cap. ult.* §. 1. *n.* 8. 26

Assertio

Assertio II. Metus, scaturiens à causa libera sed juste incussus, itidem nullum contractum facit irritum aut irritabi'em. Ratio; quia contractuum, metu initorum, infirmitas aut rescindibilitas unicè desumitur ab injuria, per metum illatâ; sed, quando quis ipse metui causam præbuit, non censetur, ejus illatione injuriam pati. *Confir.* ex *l.* 21. *ff. quod. met. caus.* ubi dicitur, quòd mulier, quæ, contra patronum suum ingrata, aliquid promisit, ne in servitutem redigeretur, edictô non juvetur, quia, hunc metum sibi ipsi intulisse, creditur.

28 *Assertio* III. Metus, à causa libera injustè incussus, sed levis, iterum contractum non reddit irritum aut irritabilem. Non irritum, quia metus levis ab homine constante spernendus est, & non meretur favorem Juris, qui metu levi frangitur; sed dignum se constituit, ut asininis bombis tumuletur. Non irritabilem quia restitutio ex edicto, *quod metûs causâ*, non ob quemlibet metum, sed eum duntaxat, qui est majoris mali, & in virum constantem cadit, conceditur, *l.* 5. *l.* 6. *l.* 7. *ff. quod met. caus. Zoes. ff. eod. n.* 25. *Clariss. D. D. Franz. h. t. n.* 84.

Assertio IV. Metus gravis, ad extorquendum contractum ab ipsomet contrahente injustè, incussus, non reddit contractum ipso Jure nullum, sed duntaxat irritabilem. Ita *Glettle loc. cit. n.* 12. *Manz. Inst. de act.* §. 25. *n.* 7. *Zoes. loc. cit.* & plures ab his allegati. *Probatur* ex *l. ult. Cod. de his, quæ vi, &c.* ubi dicitur, quòd venditiones, donationes, transactiones, per vim extortæ, debeant infirmari, ergò ipso Jure tenent, quod enim ipso Jure nullum est, non dicitur infirmari. *Confirmatur* per §. 1. *Inst. de except.* ubi, qui, metu coactus, promisit, Jure civili obligatur, eòquòd coacta voluntas etiam sit voluntas, *arg. l.* 21. § *pen. ff. quod met. causâ.* Is enim, qui vi, metuque cogitur, hoc ipso consentit, dum inter duo mala minus eligit, & mavult contrahere, quàm malum intentatum pati.

Cæterum, sunt certi actus, qui metu initi, sunt ipso Jure nulli, ut est

I. Matrimonium *cap.* 13. ✠ *de Spons.* in hoc enim plenissima desideratur libertas, siquidem matrimonia coacta difficiles solent habere exitus. II. promissio dotis, metu facta, *l.* 21. §. 3. *ff. quod met. caus.* quod, ob favorem dotis, utpote speciale, receptum esse, docet *Zoes. loc. cit. n.* 10. III. Votum, ad quod emittendum quis metu inductus est *cap.* 3. ✠ *de his quæ vi metusve causâ.* IV. Absolutionis beneficium à sententia excommunicationis, vel alterius censuræ *cap. un. eod. in* 6. V. Tutoris authoritas, metu extorta, *l.* 1. *ff. de auth. tut.* VI. Jurisdictionis prorogatio, in aliquem facta per metum, *l.* 2. *ff. de Jud. Zoes. loc. cit. n.* 24.

Porrò, *baptismus*, *confirmatio*, & *susceptio ordinis*, etsi maxime metus in causam dederit, tenent, nec rescindi possunt, *cap.* 3. § *item* ✠ *de baptism.* Ratio, quia indebilem caracterem ponunt.

T I T U L U S XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

SUMMARIA.

1 *Ponitur connexio.*
2 *Quæ sit etymologia mutui?*
3 *Definitur mutuum.*
4 *Quænam res dicantur fungibiles?*
5 *Oves, & Boves non constituunt objectum mutui.*
6 *Mutuum quomodò differat à commodato, deposito, pignore?*
7 *Genus & speciem aliter Juristæ sumunt, quàm Philosophi.*
8 *Si res in eodem genere non est acquisibilis, sufficit præstari æstimationem.*
9 *An dicatur, mutuum contrahi, si detur species, ut pecunia, exinde redacta, habeatur mutua?*
10 *Ad mutuum sufficit etiam ficta traditio.*
11 *Pactum, quo conventum est, ut recipiens decem, restituat undecim, non valet.*
12 *Usuræ usurarum de Jure sunt prohibitæ.*
13 *Interesse realiter præstitum, in sortem redigi potest.*
14 *Quid Juris, si usuræ non misceantur sorti, sed super illis specialis obligatio conficiatur, & usuræ fictione brevis manûs in stipulationem deducantur?*
15 *An pecunia credita in eadem moneta restitui debeat?*
16 *Quid Juris, si mutatio monetæ facta fuerit? & quotuplex sit mutatio?*
17 *An civitas, & quando obligetur ex mutuo?*
18 *Filiusfamilias non obligatur ex mutuo neque in conscientia.*
19 *Indebitum quid sit?*
20 *Et quotuplex?*
21 22. 23 24 25 & 26 *Quando detur indebiti repetitio?*
27 *Quid sit commodatum?*
28 *Quando differat à mutuo?*
29 *Ex commodato nascitur duplex actio, directa, & contraria.*
30 *An commodans commodatum ante tempus revocare possit, si ex inopinato grave subiret damnum?*
31 *Qualem culpam præstet commodatarius?*
32 *Depositum quid?*
33 *Nascitur exinde duplex actio, directa & contraria.*
34 *Qualem culpam præstet depositarius?*
35 *An depositarius re depositâ uti possit?*
36 *Quid si pecunia deposita fuerit?*
37 *An depositarius in periculo incendii, naufragii teneatur res depositas præ suis salvare?*
38 *Quid sit sequestratio?*
39 *Et quotuplex?*
40 *Quid sit pignus?*
41 *Res aliena non potest oppignerari.*
42 *Ex pignore nascitur duplex actio.*
43 *An actio pignoratitia detur contra tertium possessorem?*
44 *Creditor fructus perceptos tenetur imputare in sortem.*
45 *Ad qualem culpam teneatur creditor?*
46 *Creditor probare debet, absque sua culpa rem pignori datam, amissam esse.*
47 *Quid sit pactum antichreseos?*
48 *De Jure canonico reprobatur tanquam usurarium.*
49 *Quid sit pactum commissorium.*

CONNE-

CONNEXIO.

1 Dixit Imperator in §. *ult. praced. t't.* obligationes, quæ ex contractu oriuntur; aut *re*, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *consensu* contrahi. Descendit modo ad singularem specierum declarationem, & primò statim locô declarat contractus, qui re ineuntur, quos enumerat puta: *mutuum*, *indebitum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*. Qui contractus ideò reales appellantur, quia ad eorum perfectionem rei interventus desideratur. Ita, ut, re non interveniente, nuda pacta, nudæ conventiones sint. Unde licèt millies tecum conveniam, quòd velim tibi pecuniam mutuam dare, vel meum equum commodare, vel catenam auream apud te deponere: ex tali tamen conventione neque mutui, neque commodati, neque depositi obligatio priùs consurgit, quàm rei traditio interveniat. *Manz. Schneid. & Wesemb. hic.*

AD PRINCIPIUM.

2 *Primus* contractus, qui re initur, est *mutuum*, circa cujus ethymon varii non fuere mutui, vehementi inter se agitati dissidiô; non à mutatione; num exinde, quòd ex meo tuum fiat, statuenda foret mutui originatio? Mihi placet illa mutui ethymologia, quòd ex meo tuum fiat, ita, ut, vice versâ, ex tuo rursus fiat meum, in re scilicet ejusdem generis. *l. 2. ff. de R. C. Harp. Inst. hic. n. 5. & 6. Hunn. var. resol. lib. 3. tract. 3. p. 1. q. 1.*

3 *Definitur* mutuum, quòd sit *contractus re initus*, *nominatus*, *& stricti Juris*, *quò res fungibilis eâ lege datur, ut non in specie* (hoc est individuô) *sed in genere reddatur ejusdem qualitatis*, *& bonitatis.* Clingensp. *q. 3. h. t. Harp. n. 7.* Hæc ipsa definitio, utpote ex magnorum virorum eliquata definitionibus, ut reddatur luculentior, juvabit accuratam ejusdem analysin posuisse.

Dixi I. *Contractus*, quæ vox locô generis ponitur; mutuum enim contractum esse, nemo est qui neget, idque probant text. *in §. 2. Inst. de J. N. G. & C. §. ult. Inst. obl'g. junctâ l. 1. §. 1. & 2. ff. de O. & A.*

Dixi II. *Re initus*; quia (ut paulò ante dictum est) ad sui perfectionem requirit rei interventum, ita, ut à traditione rei totam suam substantiam capiat, *l. 1. §. 2. ff. de O. & A. l. 2. §. 3. ff. de R. C. Harp. n. 10. Zoes. d. t. n. 8.*

Dixi III. *Nominatus*, quoniam speciale nomen & quidem elegantissimum, atque nullis aliis contractibus communicabile, Jure civili proditum, habet, *l. 2. ff. d. t.*

Dixi IV. *Stricti Juris*, *arg. §. 28. Inst. de act.* ubi dicitur, omnes contractus, ibi non enumeratos, esse stricti Juris; atqui mutuum non enumeratur, ergò est contractus stricti Juris.

Dixi V. *Quò res fungibilis*, id est talis quæ *pondere*, *numerò*, & *Mensurâ* constat; quod tamen ita accipiendum non est, quasi mutui datio consistat in omnibus istis rebus, quæ numerum, pondus, vel mensuram habent; hoc enim sensu omnes, ac singulæ res mutuò dari possent; siquidem nihil in rerum natura est reperibile, quod numerum, pondus, vel mensuram non habeat, & etiam equi, muli, domus, fundi, &c. numerari possint. Verùm, eæ demum res numerò, pondere, & mensurâ constare dicuntur, quæ ita in genere suo functionem vicissitudinariam recipiunt, & una alterius vice ita fungitur; ut, re ejusdem generis solutâ, idem, quod creditum est, quoad bonita- 4

bonitatem, & qualitatem secundùm moralem hominum æstimationem redditum esse videatur. Ejusmodi res fungibiles sunt v. g. *vinum*, *oleum*, *frumentum*, *argentum infectum*, *æs*, *aurum*, *pecunia signata*. Vinum Mensurâ, argentum infectum pondere, pecunia signata numerô constare dicitur, quoniam existimatio vini, eodem locô, & annô nati, ex sola mensura pendet; argenti infecti valorem solum pondus indicat; pecuniæ signatæ summam solus numerus conficit. Unde, si tibi mutuô dem decem pondera argenti; licèt mihi non hæc ipsa pondera in specie, seu individuô restituas, sed alia pondera ejusdem bonitatis, & qualitatis, censeor in morali hominum æstimatione idem habere, quod dedi; similiter discurrendo de vino, & pecunia signata. *Clariss. D. D. Woller tract. de Mutuo, cap. I. n.* 43.

Ex dictis suâ sponte fluit in aliis rebus, (puta, *fundis*, *ædibus*, *libris*, *vestibus*,) mutuum non contrahi; licèt enim etiam istæ res numerari, vel appendi, vel mensurari possint, quia tamen in genere suo vicissitudinariam functionem non recipiunt, hoc est, altera alterius vice non ita fungitur, ut re, ejusdem generis solutâ, æquè creditori satisfiat, ac si res ipsa, quæ mutuò data fuit, statim ipsi reddita esset, ideò objectum mutui non constituunt; enimverò, ejusmodi res totaliter diversas esse, videas; fortè quia fundus unus situ præstantior, ædes arte, & symetriâ pulchriores, libri typô ornatiores, vestes arte, & formâ nobiliores sunt, ita, ut si alius fundus, aliæ ædes, alii libri, aliæ vestes redderentur, non idem, quod mutuô datum redditum esse intelligeretur. Solidè *Clariss. D. D. Woller loc. cit. cap.* 3. *n.* 51.

Ex eodem fonte, pronô velut alveô, fluit, *Oves* & *Boves* in mutuum dari non posse, ita, ut si mihi gregem boum, & ovium dares, ut totidem tibi reddam, mutuum non constituatur. Ratio: quia vix credibile est, oves tantam habere invicem similitudinem, ut una ab altera neque formâ, neque magnitudine, neque pondere, neque qualitate, aut bonitate differat. Et quamvis aliquando in duobus individuis æqualitas reperiatur (v. g. in duobus equis) merè per accidens & singulare est, ad quod non reflectendum, *l.* 5. *ff. de ll. Hunn ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 18. *Q.* 8. *Manz. n.* 9. *hic. Hamold. de J. & J. tract.* 9. *n.* 313. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 38. 5

Dixi VI. *Eâ lege datur*, quibus verbis differt mutuum à commodato, deposito pignore in quibus res nostras ita aliis tradimus, non ut accipientium fiant, & dominium transferatur; sed, ut de iis usum, custodiam, vel securitatem crediti habeant. In mutuo verò res ita datur accipienti, ut is rei, mutuô datæ, dominus fiat; dare quippe est, dominium transferre, §. 14. *Inst. de act.* Unde oportet, mutuò dantem, esse dominum rei mutuò datæ, aliàs enim transferre dominium non posset: quia, quod quis non habet, alteri dare non potest. Unde mutuum non contrahitur, si pecuniam alienam alteri dedero, *l.* 11. §. *fin.* & *l.* 13. *ff. de R. C. Manz. n.* 6. consumptione tamen, bonâ fide factâ, mutuum reconvalescit *d. l.* 13. *Brunnem. ibid. Clariss. D. D. Woller tract. de Mut. cap.* 1. *n.* 83. Chlingensp. *Q.* 7. *h. t.* 6

Dixi VII. *Ut non in specie, sed in genere reddatur.* Ubi observa, quòd Jurisperiti genus, & speciem aliter sumant, quàm Philosophi: enim verò, quod Philosophi nominant speciem, Juristæ genus appellant, & quod Philosophi 7

ſophi individuum nuncupant, Juriſtæ nominant ſpeciem. *Schamb. hic. Clariſſ. D. D. Woller. cap.* 1. *num.* 54. Itaque, non in ſpecie, ſed in genere mutuum reddatur, neceſſe eſt. Ratio, quia ideò aliquis mutuum accipit, ut in uſus ſuos impendat; ſed, ſi rem mutuò acceptam, in ſpecie deberet reſtituere, eâ uti non poſſe, quia fungibilium uſus conſiſtit in abuſu, & earum non eſt utilitas, niſi in conſumptione. Deinde, ſi res mutuò data, in ſpecie reddenda eſſet, tunc negotium hoc in ſpeciem alterius contractûs incideret, puta, commodati, depoſiti, vel precarii, *Manz. n.* 13.

Denique in eodem genere, res mutuò data reddatur, neceſſe eſt, id eſt triticum pro tritico, vinum pro vino, æs pro ære, plumbum pro plumbo,&c. nam, ſi conveniatur, ut res diverſi generis reſtituatur; puta, vinum pro tritico, equus pro oleo, frumentum pro pecunia, ex tali negotio oriretur vel permutatio, vel contractus innominatus, do ut des, *l. fin. ff. præſcript. verb. Harp. n.* 17. *Mynſing. n.* 6.

Dixi VIII. *Ejuſdem qualitatis, & bonitatis*, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt, *l.* 2. *§.* 1. *ff. de R. C.* Unde vinum novum pro veteri, avena pro tritico non rectè redditur, *l.* 3. *ff. eod. Manz. num.* 15.

8 Niſi fortè res credita in eodem genere non eſſet reperibilis, aut difficulter acquiſibilis: hoc enim caſu debitor, ſolvendo æſtimationem, liberaretur, *Nov.* 4. *cap.* 3. *auth. hoc: niſi Cod. de ſolut. l.* 22. *ff. de R. C. Haunold. tract.* 9. *cap.* 3. *cont.* 7. *n.* 341. *Brunnem. in d. l.* 2. *§.* 1. *n.* 19. *Concord. Fünfterw. lib.* 2. *obſ.* 69. *per tot. Walter de Jure conſuet. lib.* 2. *tit.* 17. *Von Solutionen, Bezahl-und Abrichtungen derer Schulden. Vers. deſsgleichen.* Illis verbis: *Gleicher Weiſe* &c. i. e. *Ex eadem ratione non poteſt debitor creditori corpus aliud pro alio in ſolutum dare; veluti agrum pro prato, vas argenteum pro pecude. Cùm autem debitor corpus ipſum, quod tradendum eſſet, penès ſe non habet: idque citra ejus negligentiam periit; tunc creditori incumbit ex bonis debitoris aliquid accipere ejusdem pretii: ita tamen ut electio penès creditorem, non vero debitorem ſit.*

Ex hactenus dictis facilè colligere eſt, quæ ſint requiſita mutui? enimverò *Requiritur I.* ut res ſit fungibilis. Ubi

Quæres I. An poſſit dici, mutuum contrahi, dando ſpeciem, ut ex ejus diſtractione procedens pecunia habeatur mutua 9

Dixeris, quòd non, I. per *l. qui negotia.* 34. *ff. mandati.* his verbis, *His argumentum eſſe, eum, qui cùm mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dediſſet, nihilo magis pecuniam creditam rectè petiturum.* Sanè, ſi pecuniam ſtatim petere poteſt, certè non eſt mutua, quia, ut fiat mutua, debet in dominium alterius transferri & non in ſpecie repeti.

II. Mutuum ex eo dicitur, ut ex meo tuum fiat: ergò cùm pecunia, ex lance redacta, non fuerit adhuc mutuantis; non erit mutua.

Verùm tenendum eſt, in præfato caſu mutuum contrahi. Ita *Zoeſ. de R. C. n.* 9. *Hunn. var. reſol. lib.* 3. *tract.* 3. *Q.* 5. *Clariſſ. D. D. Woller. loc. cit. cap.* 3. *n.* 56. *Harp. n.* 90. Nititur hæc *Sententia* expreſſo *textu l. rogâſti* 11. *ff. de R. C.* ubi habetur iſte caſus: *Rogâſti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, cùm non haberem, lancem tibi dedi, ut eam venderes, & nummis utereris; ſi vendideris, puto*, ait JCtus, *mutuam pecuniam factam.* Quid, ait, illuſtrius? quid planius? Juris-Conſultus, non ipſam lancem, dicit mutuam fieri, ſed pecuniam ex lance vendita redactam.

Ad I. R. *d. l.* 34 loqui de stricta Juris ratione, secundùm quam pecunia, ex argento, vel lance redacta, non potest dici mutua facta. Tum quòd mutuum *re*, id est *numeratio* fieri debeat, & non *nuda conventione* contrahatur: tum quod mutui naturæ non conveniat, ut pecunia, quæ nunquam fuit mea, mutua fiat, cum mutui natura sit, ut de meo tuum fiat; altera autem *l. rogasti* 11. intelligenda sit de æquitate, & singulari benignitate Juris, quod fingit, pecuniam, ex re vendita redactam, pervenisse, brevi manu quasi traditam ad dominum lancis, ac eandem illico ab ipso recepisse Ita *Zoes.* & *Schamb.* aliter *Harp. n.* 9

Ad II. ex dictis patet solutio. Jura enim hoc casu fingunt, quòd creditor brevi manu pecuniam acceperit, & deinde debitori, tanquam mutuam, dederit.

Quæres II. Quid Juris in hoc casu? Rogasti me, ut tibi pecunias darem mutuas. Ego cùm paratas pecunias non haberem dedi tibi chirographum, quo Titius, se meum debitorem esse, confessus est, ut exigas debitum, exactâ pecuniâ utaris; postea verò mihi tantumdem restituas. Tu pecuniam, ob ejus fortè inopiam, obtinere non potuisti; *quæritur*, an tenearis mihi pecuniam solvere locò illius chirographi? an ego, chirographum recipere tenear? R. me teneri ad recipiendum chirographum, quia ante veram numerationem pecuniæ, à Titio mihi debitæ, non contrahitur mutuum. Siquidem etiam in fictis traditionibus requiritur, ut creditor per fictam manû accipiat pecuniam. Accedit, quod in *cit. l. Rogasti*, non dicatur, lancem fuisse factam mutuam, sed pecuniam, exinde redactam; ergo & hoc in casu dicendum, non chirographum fuisse mutuum factum, sed pecuniam, ex eo redactam. Ita judicatum fuisse in facultate Juridica Lipsiensi, Testis est *Clariss. D. D. Woller cap.* 3. *n.* 99. Idem tenet *Carpz. Part.* 2. *Decis.* 129. *Brunn. in d. l. rogasti.* & *l.* 15. *ff. de R. C.* ubi ait, idem tenendum, si uxor marito *nomen* in dotem dedit, & maritus pecunias, ob inopiam debitoris obtinere non valet. Quem *casum*, utpote *quotidianum*, diligenter nota.

II. Ad *mutuum* requiritur *consensus* mutuantis, & mutuatarii, & quidem in translationem dominii: natura enim mutui est, ut ex meo tuum fiat. *Zoes. ff. de R. C. n.* 10.

Unde fluit, si ego, quasi deponens pecuniam tibi dedero, tu, quasi mutuam accipias, aut vice versa. Item, si tu pecuniam quasi mutuam dederis ego, quasi commodatam, ostentandi causa acceperim, contractum mutui non celebrari. Contractus enim *depositi*, & *commodati* non sunt translativi dominii, *l.* 1. *ff. depositi. l.* 1. §. 1. & *l.* 10. *ff. commodati. Clariss. D. D. Woller. cap.* 4. *n.* 19. & 20.

III. Desideratur ad *mutuum traditio*, 10 eaque vel *vera*, vel *ficta*. Vera intervenire dicitur, quando quis verè, & realiter rem alteri mutuum dat; prout, si quis physicâ numeratione pecunias alteri tradit. Ficta vero traditio intervenit, quando res, quæ creditur, fictione tamen Juris pro tradita habetur; prout contingit, I. si Titio, mutuum roganti, catenam auream vendendam, ut pecuniam, inde redactam, sibi mutuam habeat, *d. l. rogasti*, 11. *ff. de R. C.* II. Si pecuniam meam, apud te deposuero, & postea tibi roganti permisero, ut ea utaris ex causa mutui, *l.* 9. §. *fin. ff. eod.* III. si tibi, roganti mutuum, debitorem meum, pecuniam mihi debitam, dare jussero. Vel, si inter nos convenerit,

rit, ut pecuniam, quam ex causa mandati mihi debes, eam, crediti nomine, teneas, *l. 15. ff. eod.* Nec obstat *l. 34. ff. mandati*, quæ *d. l. 15.* diametraliter refragari videtur; enimverò illa de *stricto* Jure, altera verò *l. 15. de benignitate* Juris intelligenda est. *Zoes. ff. de R. C. n. 11.*

11 IV. Requiritur, ut *tantumdem* restituatur, hoc est nec *minus*, nec *plus*, quàm mutuo acceptum est; creditor enim ultra creditum, & sortem principalem ex vi mutui & debito Justitiæ nihil petere, aut ullum lucrum accipere potest, ita, ut pactum illud, quo conventum est, ut recipiens decem florenos mutuos, restituat undecim, non valeat, & non nisi decem exigi possint. *l. 11. §. 1. ff. de R. C.* Ratio, quia mutuum re contrahitur; re autem non contrahitur obligatio ultra id, quod datum est, *l. 17. ff. de pact. l. 9. Cod. de non numerat. pecun.* & pactum contractui stricti Juris adjectum eidem, juxta communem D. D. sensum, non inest. *Zoes. ff. de pact. n. 63.*

Ampliatur, ut, quod ultra sortem numeratam promissum est, neque tanquam *usuræ*, quæ de Jure illicitæ sunt, & improbæ, *l. 20. Cod. quib. ex caus. infam. irrogetur*, neque Jure *donationis*, utpote quæ in dubio non præsumitur, peti possit, *Hunn. ad Treutl. vol. 1. disp. 18. q. 12. & 13. clariss. D. D. Franz. Inst. hic n. 36.*

Quæ procedunt de rigore *Juris communis*; aliud obtinet de *consuetudine* ferè totius *Europæ*, & principaliter *inferioris Austriæ*, secundum quam *quinque*, vel *sex* floreni pro singulis *centenis* licitè recipiuntur. Ita docet, & comprobat *Neue Nieder Oesterreichische* Executions-*Ordnung* Tit. 10. §. 3. ibi: *der auf 5. oder meistens 6. pro cento zugelaßenen Interessen halber &c.* Qui verò 7. 8. 10. vel 12. pro 100. recipiunt, non jacturâ sortis duntaxat, sed pœnâ etiam corporali puniuntur. *Neue Nieder-Oesterreichische* Executions-*Ordnung*. d. Tit. 10. ibi: *derjenige*, &c. i. e. *Fœnerator non modo privatione sortis creditæ, verùm etiam præstatione ejus quod interest, nec non animadversione in corpus bonaque, pro ratione delicti foeneratorii, pœnas dabit haud remittendas; qua in re judex etiam ex officio agere debet.* Quo in passu illud quoque singulariter notandum duxi, quod de Jure Austriaco ex instrumento obligationis aliquis conveniri nequeat; nisi causa debendi Instrumento obligationis expressè inserta fuerit, D. N. Executions-*Ordnung*. 1. §. ibi: *als setzen*, &c. i. e. *Volumus & statuimus, ut in omnibus in posterum instrumentis credendi debendique vera causa obligatorii contractûs exprimatur. Ac cum ea non ex numeratâ pecuniâ, verùm ex aliis rebus datis & creditis erit, tunc earum rerum genus & qualitates, ut & pretium, quo eæ datæ fuerint, erunt exprimenda. His autem in instrumento crediti deficientibus, nulla propter id executio judicialis priùs impetrabitur, quàm iis de rebus sententia causâ cognitâ lata fuerit*

Prætereà de Jure Austriaco non minùs receptum, quàm Jure communi comprobatum est, quod debitore in mora existente, usuræ à tempore præfixæ solutionis confestim currant, eo quod dies interpellet pro homine, *l. magnum 12. Cod. de trah. & committend. stipulat. Sutting. in Manu Script. lit. I. Vers. Interesse*, illis verbis: *dasz nemlichen die* Interesse *von zeit des aufgesetzten Zahlungs-Termin anfangen zu lauffen*; ex eo, quod dies interpellet pro homine; *ist erkennet worden*, in causa &c.

Quod si verò quis adspronderit, se quàm primùm soluturum, & usurarum nulla facta fuerit obligatio, usuræ non deben-

debentur, nisi à tempore litis. *Sutting. loc.* ibi: *Wann sich einer, das* Capital *mit ehestem zu bezahlen, verschreibet, kan man gleichwohlen ebender keine* Interessen *als* tempore litis *begehren.* Concord. *Carpz. in Respons. lib. 4. resp. 56. Wo keine* Interessen *verschrieben, auch kein* Terminus solutionis *fürgesetzet, ist man, das* Interesse *allein von Zeit der Klag zu bezahlen, schuldig.*

Ex dictis habes, quid Juris? & Praxeos sit circa Usuras? jam

Quæres III. Quid Juris in Usuris Usurarum? v. g. *quæritur*: an Creditori, Interesse alterius Interesse exigere, concessum sit? Ut ecce: Titius debet Cajo in capitali 1000. fl. & in singulos annos locò interesse, 5. pro centum. Jam Titius per quatuor annos Interesse, quod ad 200 fl. excurrit, non solvit. *Quæstionis* est, an Cajo concessum sit, non duntaxat istos ducentos florenos, sed & de his 5. pro centum interesse exigere.

12 ℞. Usuras usurarum de Jure adeò esse prohibitas; ut id nemo, nisi insanus, nesciat. Ita enim disertè cautum est in *l. 28. Cod. de Usur.* his verbis: *quapropter hac apertissima lege definimus, nullò modò licere cuiquam usuras præteriti temporis vel futuri in sortem redigere, & earum iterum usuras stipulari.* Et hic modus, quoties usura, sorti conjuncta, alias usuras parit, vulgò *Anatocismus* appellitatur, in tantum prohibitus, ut, licèt usuræ usurarum promissæ fuerint haud tamen debeantur, quin & solutæ conditione indebiti jure repetantur, *l. si non sortem ff. de usur.* Carpz. *part. 2. const. 30. def. 29. n. 3. Fünfterwald. lib. 2. obs. 14 n. 2. Wesemb. consil 72. n. 6.* Et tametsi *Berlich. part. 2. concl. 38. n. 33. & Menoch. de Arbit. lib. 2. Cent. 2. cas. 119. num. 17. & seqq.* differentiam statuant inter usuras usurarum, & interesse alterius interesse, ita, ut, usuras usurarum prohibitas esse autument, interesse verò alterius interesse exigi posse; censeant; explosa tamen dudum est plena iniquitatis eorum sententia, ac proinde constanter tenendum, nec usuras usurarum, nec interesse alterius interesse licitè exigi posse, ex ratione, quòd interesse non minùs sint accessiones ac ipsæ usuræ, *l. 1. §. bellissimè ff. ut legat. caus. caut.* accessionis autem accessio nunquam præstanda, & accidens accidentis non detur, arg. *l. 1. ff. de usufr. legat. Carpz. loc. cit.*

Concord. *Jus Aust.* per *General. Ces.* de anno 1659. ibi: *Jedoch wollen wir hierdurch anietzo so wenig; als zuvor, die Interessen zu Capitalien zumachen zugelassen haben.* Vide *Cod. Austr. lit. W. vers. Wucherlichen Contracten.*

Sanè, interesse solutum, & realiter 13 præstitum quin in sortem redigere liceat, dubitandum non videtur, eo quod nova sors constituatur, neque interesse alterius interesse, ob dominium, in creditorem semel translatum, ampliùs dici possit, *l. in re mandata ff. mandati. Zoes. ff. de usur. n. 27. Fünfterwald. lib. 2. ob. 14. n. 9.*

Quæres IV. Quid? si usuræ non miscean-14 tur sorti, sed super illis specialis obligatio confecta, inque ea, usuræ ex ea pecunia, quæ antea usura erat, fictione brevis manûs, fuerint in stipulationem deductæ?

Sunt, qui, hoc licere, existiment. *Ratio* videtur esse ista, quia nihil interesse videtur, utrùm creditor usuras realiter, & verâ traditione acceptas, statim iterum mutuò det; an verò debitor, ut mutuò fictione brevis manûs acceptum, recognoscat: sicuti ergo usuras, realiter præstitas, creditor debitori mutuas

mutuas rectè dat, & in novam sortem reducit; ita quoque videtur concessum esse, ut usuras fictione brevis manus in novam sortem redigat.

Verùm, tametsi hanc sententiam, *Cothmann. Consf.* 18. *n.* 218. *Berlich. Decis.* 268. *n.* 8. suo dignentur assensu; contraria tamen longè verisimilior, & in conscientia videtur esse tutior. Tum quia debitor faciliùs stipulatur usuras usurarum, & fictione brevis manûs mutuò acceptas, confitetur: quàm veteres realiter solvit, Tum, quia *d. l.* 28. *Cod. de usur.* generaliter *Anatocismum* prohibet, & per *Generale Cæsareum* de *Ann.* 1659. indistinctè prohibetur, ne usuræ redigantur in sortem. *Accedit*, quòd hæc ipsa via paratissima foret, ad mergendos miseros debitores, qui inopiâ, & necessitate pressi, nescio quid, brevi manu acceptum, confiterentur. Sed, O tempora! O mores! plurima circa materiam usurarum disputantur, & sanciuntur, paucissima verò observantur, & quos, infensissimos earum hostes esse, oporteret, spe infamis lucri allectos, intimos amicos experimur. Sunt, qui miserè deplumant, exenerant, trucidantque infortunatos debitores, nunquam desinunt, ut jure liceat exclamare: *Germaniam immensò fœnore exhauriri.*

Quintò ad mutuum requiritur, ut *restituatur* in *eodem genere*, *ejusdem bonitatis*, & *qualitatis*, v. g. *vinum* pro *vino*, *triticum* pro *tritico*, *pecunia* pro *pecunia*. *Wesemb. num.* 6. *Manz. n.* 14.

15 *Quæres* V. An pecunia credita in eadem moneta, & eadem materia restitui debeat? v. g. *quæritur*, an, si alicui credita esset certa pecuniæ summa in moneta aurea (v. g. *in Duggaten*) possit in moneta argentea (v. g. *in Thaleren*) restitui?

Dixeris primâ fronte, mutuum in eadem moneta, qua datum, restituendum esse; quia creditori aliud pro alio non potest restitui, *l.* 2. §. 1. *ff. de R. C.* Sed, si pro auro argentum restitueretur, aliud pro alio solveretur, ergò pecunia credita in eadem moneta, qua data est, restitui debet.

Verùm, hac *dubitandi ratione* non obstante, proposita *Quæstio* ope *Distinctionis* dirimenda est, an nimirum inter contrahentes conventum sit, ut solutio fiat in moneta aurea, quæ data est, nec ne? Si conventum sit, res expedita est; statur enim pacto, cùm contractus ex conventione legem accipiat, *l.* 1. §. 6. *ff. depositi.* Concord. *Walter de Jure consuet. Aust. lib.* 2. *tit.* 17. ibi: *Zu dem anderten, wann die Contrahenten auf den Münz-Form, und Schlag contrahiren, nemlichen Duggaten, Cronen-Thaler &c. so musz der Schuldner mit gleichem Schlag bezahlen.*

Si non sit conventum; mutuum in alia moneta restitui posse. Ita *Zoës. ff. de R. C. n.* 22. *Fach. lib.* 2. *cap.* 50. *Harpprecht. num.* 190. *Menoch. Consil.* 49. *n.* 38. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 18. *th.* 12. *q.* 45.

Ratio sola sed *solida* est, quia pecuniæ bonitas non consistit in materia, sive corpore pecuniæ sicuti bonitatis vini in ipso vino; sed in valore impositio, & quantitate, secundùm quam æstimatur, uti patet ex *text. l.* 1. *ff. de contrah. empt.* His verbis: *eaque materia, formâ publicâ percussâ: usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quàm ex quantitate.* Ex quo *colliges*; si quis florenum mutuum det, non censeri, ipsum corpus sed valorem, id. 60. crucigeros, mutuos dedisse, quos si debitor solvit: idem reddit, tam quoad quantitatem, quàm quoad bonitatem: nam, pecuniæ

bonitas in solo valore, à Magistratu vel principe imposito, consistit.

Ad rationem dubitandi ℞. neg. min. Bonitas enim pecuniæ non in materia, sed valore impositio consistit. Unde, si monetam argenteam pro aurea restituas, modò adæques quantitatem, idem quod accepisti, reddidisse diceris. *Quæro* te: ego habeo Aureum in specie, qui tunc temporis valet 4. florenos, tu habes duos Imperiales, quorum unus præsentiarum valet 2. fl.; quis altero est ditior? Hæc alta pace procedunt. At,

16 *Quæres* VI. Cujus temporis æstimatio habenda sit, mutatione monetæ facta?

Observa: mutationem monetæ aliam esse *intrinsecam*; aliam *extrinsecam*. Intrinseca fit, quoties eadem *æstimatio*, sive idem *valor* manet; sed *materia* pretiosior aut vilior efficitur, *Wann die Thaler*, oder, *Gold-Gülden an der Feine schlechter: oder an dem Gewicht ringer werden*. Extrinseca mutatio fit, quoties materia non mutatur, sed tantùm æstimatio, sive quoties valor pecuniæ crescit, vel decrescit. *Also hat der Reichs-Taler gegolten*, Ann. 1610. 1. fl. 24. *kr.* An. 1615. 1. fl. 30. *kr.* An. 1620. 2. fl. 20. *kr* An. 1621, *in dem* Martio 2. fl. 30. *kr.* Majo. 2. fl. 48. *kr.* Junio 3. fl. 6. *kr.* Julio 3. fl. 15. *kr.* Augusto 4. fl. Septembri 4. fl. 30. *kr.* Octobr. 5. fl. Novemb. 5 fl. 30. *kr.* Decemb. 6. fl. 30. *kr.* An 1622. 7. fl. 30. *kr.* His positis.

℞. Sive Mutatio monetæ intrinseca: sive extrinseca facta fuerit, tempus contractûs inspiciendum esse, quantitatem quæ credita est, eandem quantitatem quæ credita est, restitui debere, non in tot præcisè aureis, aut in talibus nummis, data est; sed, si æstimatio creverit, pauciores; sin decreverit, plures & quidem in talibus nummis, quales reperiuntur tempore solutionis, restituendos esse. Ita *Harp. n.* 209. & *n.* 211. *Menoch. lib.* 2. *de arbitr. cas.* 907. *num.* 9. & 10. *Mynf. cent.* 4. *Obs.* 1. *Berlich. p.*2. *concl.* 36. *num.* 5. *Hunn. d. disp.* 14. *th.* 11. *Ching. Inst. h. t. q.* 12. Ubi, ita Inclytam Facultatem suam respondisse, dicit. *Ratio* non est alia, quàm, quòd pecuniæ bonitatis non consistat in corpore, sed in valore impositio, & quantitate, secundùm quam æstimatur; ergò debitor non tenetur, tot corpora, quot accepit, restituere; sed quantitatem, & summam illam quam accepit, hanc si restituat, rem in eadem bonitate restituisse, dicitur.

Dices: In æstimatione vini non tempus contractûs, sed solutionis, spectandum est. *l.* 22. *ff. de R. C.* ergò idem in pecunia statuendum. ℞. *Con. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd bonitas vini consistat in corpore, ut corpus censeatur mutuò datum fuisse: bonitas autem pecuniæ non consistit in corpore, sed in quantitate.

Porrò, hæc materia de mutatione monetæ tam *diffusa* & *confusa* est, ut, illam ex asse discutere, & in certam regulam deducere, temporis angustiæ non patiantur, nec id exigat instituti ratio. Unde te remitto ad *Resolutionem Cæsaream* de dato *Viennæ* 20. *Aprilis Anno* 1627. quam recenset *Fünsterw. lib.* 2. *obs.* 198. *n.* 5. & *Cod. Austri. lit. M. vers. Münz.* Resolution. Ubi aliquot regulæ statuuntur, quas judicando observandas esse, decrevit *Ferdinandus II. Imperator*.

Tametsi, pro ratione instituti justò plura fors dixisse videar; non possum tamen, ob materiæ eximiam utilitatem, continere calamum, quin huic materiæ adhuc jungam illa duo specialia, quæ in acceptione mutui, à civitate, & Filio familias facta, singulariter recepta sunt. Itaque,

Quæres

17 *Quæres* VII. Quid Juris, si civitas mutuum acceperit? ℞. *Distinguendum* esse, an ipsa civitas (fortè per actorem suum, ad hoc nominatim deputatum, communicato priùs consilio) pecuniam mutuam receperit; an Administratores & Syndici, nomine civitatis, pecuniam acceperint mutuam?

Si ipsa Civitas, non minùs, quàm quisque alius privatus, obligatur, tametsi pecunia in ejus utilitatem versa non fuerit; civitas enim Jure privatorum utitur, *l. 16. ff. de V. S.* Si administratores, tunc Civitas priùs non obligatur, quàm, si à creditore probatum fuerit, pecuniam in utilitatem civitatis conversam esse. Ita sancit, *text. capital. in l. civitas.* 27. *ff. de R. C. Zoës. ff. d. t. num.* 41. *Haun. var. resol. lib.* 3. *tr.* 3. *p.* 1. *q.* 18. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. num.* 37.

18 *Quæres* VIII. Quid Juris, si Filius-fam. pecunias mutuas acceperit? ℞. Filios-familias in Jure habere pingue aliquod beneficium, quod vocatur *S. C. Macedonianum*, vi cujus beneficii ex contractu mutui non obligantur; ita, ut non tantùm in foro civili, sed etiam in foro conscientiæ non teneantur, pecunias mutuò acceptas restituere.

Non in foro civili, *l.* 1. *ff. ad S. C. Maced. & l.* 9. *§.* 2. *ff. eod.* Non in foro conscientiæ: potuerunt enim Legislatores, tum in pœnam, & odium fœneratorum; tum ob bonum Reipublicæ statuere, ut per hanc exceptionem in utroque foro mutuo dantes excludantur, & Jure repetendi priventur, *d. l.* 9. *§.* 2. Ita docent *Molin. de J. & J. disp.* 101. *n.* 6. *Less. lib. de J. & Just. cap.* 20. *Dub.* 2. *n.* 2. *Panormit. in cap. Novit.* 13. *de Jud. n.* 33. *Haunold. tom.* 3. *tr.* 9. *cap.* 3. *cont.* 6. *n.* 227. Quod ipsum vel maximè procedit de *Jure Austriaco* ex *Constitutione Rudolphi II. Imper.* de dato 18. *Julii* 1601. ibi: *Die sollen &c.* i. e. *ii non solum jacturam patientur ejus quod juvenibus mutuum dederint; verùm etiam prorataione facti, graviter plectentur.* Vide *Cod. Austr. lit. S. vers. S. C. Maced. & Fünsterw. lib.* 2. *Obs.* 10.

Dices: Si Filius-fam. mutuo quod accepit, solvit, non habet soluti repetitionem, *l.* 9. *§.* 4. *ff. ad S. C. Maced.* Ergò signum est, quòd obligantur naturaliter, argumentò eorum, quæ dicta sunt ad *Lib. II. Tit. X. n.* 24. *vers. Probatur* 1. ℞. Hoc speciale esse in Filiofam. quòd naturaliter non obligetur; & tamen soluti repetitionem non habeat. Ratio *Specialitatis* est, quia post solutionem, semel factam, cesset periculum, propter quod *S. C. Macedonianum* introductum est; scilicet, ne filius-fam. à creditore compulsus, insidietur vitæ parentis. *Haunold. loc. cit. Clariss. D. D. Franz. Inst. hic, n.* 27. *Zoës. ff. de S. C. Maced.* Quos, utpote hac de materia prolixiùs discurrentes, consule.

§. Is quoque I.

Secundus Contractus, qui *Re* initur, est 19 *Indebitum*, quod *definitur*, quòd *sit quasi contractus re initus, quo pars quæpiam per errorem solvit parti alteri, credenti quòd sibi debeatur, id quod non debetur* Schamb. *Inst. hic.*

Dicitur I. *quasi contractus*, ita enim sancitur in §. 6. *Inst. de oblig. quæ ex quasi contractu*, *Manz. hic. n.* 21.

Dicitur II. *per errorem*, siquidem qui sciente indebitum solvit, donare censetur, ex regula: *cujus per errorem dati repetitio: ejus consultò dati, donatio est l.* 53. *ff. de R. J.*

Dicitur III. *Credenti quòd sibi debeatur*; nam, scienter indebitum suscipiens, convenitur ut fur. *l.* 18. *ff. de cond. fur,*

Dicitur VI. *Quod non debet.* Ubi *Præmitto*, indebitum esse *quadruplex*.

20 I. Indebitum *civiliter* sed *naturaliter* debitum; puta, si quis solvit id, quod ex nudo pacto debet; vel id, quod alicui ex testamento, minùs solenni, relictum est, juxta dicta *Lib. II. Tit X. n.* 24.

II. Indebitum *civiliter* & *naturaliter* debitum, quod datur in obligatione litterarum. Item in debito ex causa mutui; quod creditor mihi remisit per nudum pactum de non petendo, quo tollitur naturalis obligatio, remanente solâ civili.

III. Indebitum *naturaliter* & *civiliter*, ut quando solvitur id, quod nullo Jure debetur.

IV. Est indebitum ope *Exceptionis*, ut quando quis naturaliter, & civiliter obligatus est, competit tamen ei exceptio. Ubi tamen adhibenda *Distinctio*, an sit exceptio *temporalis*, an *perpetua*? Item an *favorabilis* an *odiosa*? His præmissis, sequitur,

21 *Assertio* I. Indebitum civiliter, naturaliter tamen debitum; si solvatur, per *Condictionem Indebiti* repetere non possum; in regulam enim jam abiit, *quòd repeti prohibeantur, quæ naturaliter debita solvuntur*, *l.* 3. *§. fin. ff. quod quisque Jur. l.* 60. *ff. de condict. indeb.* Ratio rationis, quia qui taliter solvit, errat in Jure: solvens autem ex errore Juris, repetitionem non habet, *l.* 10. *Cod. de Jur. & facti ignor. Harp. n.* 52. ubi octo argumenta contraria exactè refutat.

Excipitur tamen *minor*. 25. *annis*, qui licèt per errorem Juris indebitum solverit, condictionem tamen, sive repetitionem habet: error enim Juris minori non officit, *l.* 9. *ff. d. t. l.* 25. *§. Sin autem. ff. de Prob.*

22 *Assertio* II. Indebitum naturaliter & civiliter debitum, indistinctè repeti potest, sive fuerit facta solutio per errorem Juris; sive facti: inique enim petit alter cum alterius jactura locupletari. *Accedit*, quòd id, quod civiliter tantùm debetur, neque naturaliter, neque civiliter, propter defectum *consensus*. Non civiliter, propter *exceptionem*; licèt enim creditor actionem habeat, hæc tamen actio ejus indolis est, ut per exceptionem elidi possit: nihil autem interest, utrùm quis actionem non habeat, an verò habeat? Sed talem quæ per exceptionem infirmari potest, *l.* 112. *ff. de R. J.* Idque est, quod quotidie auribus insonat: eum, qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere posse, *l.* 26. *§.* 3. & 40. *ff. de condict. indeb. Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 22. *Quæst.* 19. *Schneid. num.* 3. *Inst. hic.*

Assertio III. Indebitum naturaliter, 23
& civiliter, ut, quando solvitur id quod nullo Jure debetur, potest repeti, quacunque ignorantiâ solutum fuerit, *tot. tit. ff. de condict. indeb.*

Assertio IV. Indebitum ope exceptionis 24
temporalis repeti non potest. Unde, si quis mihi debeat centum solvendos A. 1712. & solvat 1711. adeòque unò citiùs, non poterit solutum repetere, *l. in diem* 10. *ff. de condict. indeb.* Ratio est, ut evitetur circuitus; & doló quodammodo facere censetur, qui ab altero petit id, quod paulò post est restituturus eidem, *cap.* 59. *de R. J. in* 6. *l.* 8. *ff. de dol. mal. excep. Manz. n.* 11. *Schneid. n.* 6. *Harp. n.* 27.

Dicta procedunt, si debitum debeatur in diem certum; secus, si in diem incertum, hoc enim casu repetitio datur, *l.* 16. *l.* 56. *ff. de condict. indeb.* Ratio *Differentiæ* est, quia quod in diem certum debetur, certum est deberi; id verò, quod in diem incertum debetur, non est certum deberi, quia ab eventu conditionis pendet; quæ existere

tere non poteſt, *Harp. num.* 27.

Aſſertio V. Indebitum ope exceptio-
25 nis perpetuæ, favorabilis, ſeu talis, quæ in favorem debitoris, id eſt, illius, qui indebitum ſolvit, introducta eſt, repeti poteſt, *l.* 26. §. 3. *ff. de condict. indeb.* Unde, ſi mulier, pro alio intercedens, non oppoſitâ *S. C. Vellejani exceptione*, ſolvat, repetitionem habet, *l.* 40. *ff. de condict. indeb.* & *leg.* 9. *Cod. ad. SC. Vellej. Manz. n.* 10. *Clariſſ. D. D. Franz. Inſt. de obligat. quæ ex quaſi contr. n.* 13.

26 *Aſſertio* VI. indebitum ope exceptionis odioſæ, ſive talis, quæ in odium creditorum inducta eſt, ſemel ſolutum, repeti non poteſt. Hinc, ſi filius-fam. exceptione *SC. Macedoniani* omiſſâ, per errorem Juris ſolvit, repetitionem non habet, *d. l.* 40. & *l.* 9. §. *pen. ff. ad SC. Maced. Harp. num.* 36.

Ad verſ. Daturque.

Quæritur in hoc *Verſiculò*, qualis ergò actio detur ad repetendum indebitum? ℞. quòd detur actio condictitia, id eſt, condictio indebiti, exinde ſic dicta, quòd indebitum ſolutum ſit.

Ad verſ. Nam perindè.

Dicit in hoc *Verſiculo Imp.* quòd æque indebitum per condictionem indebiti poſſit repeti, ac ſi mutuum alter accepiſſet, quod per condictionem certi ex mutuo repeti poteſt, modò appareat eum dare oportere, id eſt, indebitum accepiſſe. *Manz. n.* 17.

Ad verſ. Unde.

Quòd ſi pupillo indebitum ſolutum ſit, ab ipſo repeti non poteſt, niſi factus ſit locupletior. Ratio, quia, ſicut pupillus ex mutuo, ſine tutoris auctoritate acceptô, non obligatur, ita neque ex indebito ſoluto; in hoc enim contractus mutui, & indebiti comparantur.

§. Item is II.

Tertius contractus, qui *Re* celebratur, 27
eſt *Commodatum*; quod concinnè *definitur*, quòd *ſit contractus realis*, *quo res gratis ad certum uſum & tempus ea lege conceditur*, *ut*, *finitò uſu*, & *tempore*, *in ſpecie reddatur*.

Dixi I. *Realis*, quia hic contractus non oritur, niſi res interveniat, *text. hic.* & in *l.* 1. §. 1. *ff. commodati.*

Dixi II. *Gratis*, ut ſecernantur à *locatione*, & *conductione*. Siquidem, ſi uſus rei concedatur pro certa mercede, conſiſtente in pecunia numerata, locatio conductio eſt. *text. hic.* Sin verò uſus rei pro alia re, non conſiſtente in pecunia numerata, concedatur, erit contractus innominatus, *l. Si tibi* §. 1. *ff. præſcriptis verbis. Manz. n.* 15.

Sanè, commodati naturæ repugnare non videtur, ut ex poſt factô aliquid accipiatur, non quaſi merces, ſed ut remuneratio, maximè cùm in contractu *Depoſiti* id expreſſè admittatur, *l.* 2. §. *fin. ff. vi bon. rapt.* Et etiam in *Mandato*, quod vel maximè debet eſſe gratuitum, honorarium intervenire poſſit, *l. Salarium*, & *l. Si remunerandi ff. Mandat. Manz. loc. cit.*

Dixi III. *ad certum uſum*, & *tempus*; quibus verbis diſtinguitur à *Precario*, quod neque ad certum uſum, neque ad

certum tempus conceditur, & proinde pro arbitrio concedentis revocari potest, *l. 1. §. 2. ff. de precario. Schneid. num.* Differt etiam his verbis à *Pignore* & *Deposito*; in his enim contractibus creditor, & depositarius re sibi concessâ, absque crimine furti uti non possunt, *§. Furtum. 6. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.*

Dixi IV. *Conceditur*, quia in commodato propriè res non datur, id est, dominium non transfertur; sed usus tantùm alteri relinquitur. Unde, quando *Imperator* in *textu* dicit in commodato rem utendam dari, impropriè loquitur, quia *dare* translationem *Dominii* designat; in commodato autem non *Dominium*, sed *Usus* rei conceditur.

Dixi V. *Ut finitò usu, & tempore*: usum enim & tempus determinatum si commodatarius transgrediatur, furtum committit, *§. 7. Inst. de obl g. quæ ex delict. Schneid. n. 5. Manz. n. 22.*

28 Dixi VI. *In specie reddatur*: quibus verbis *Commodatum* differt à *Mutuo*, in quo non redditur eadem *Species*, sed idem *Genus*, *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* Unde fluit, in rebus fungibilibus commodatum locum non habere, quia rerum fungibilium usus consistit in abusu, & nulla est earum utilitas, nisi consumantur; consumptæ autem non possunt restitui in specie: quia non entis non ampliùs sunt qualitates. *Manz. n. 26.* Sanè, res fungibiles (præcipuè *pecuniæ*, ad pompam, & ostentationem: fortè, ut quis dives appareat, & in loculis clangore resonent) commodari posse, non est, cur negetur. *Schneid. n. 11. Harp. n. 16.*

Ad vers. & tenetur.

29 . Hôc *Versiculò* explicatur *Effectus* commodati, qui in eo consistit, quòd commodatum producat duplicem actionem, *directam* & *contrariam*.

Directa datur *Commodanti* contra *Commodatarium*, ejusque *Hæredes*, ut res commodata, usu finitô, in specie non deteriorata, restituatur; aut, si deteriorata sit, simul interesse præstetur, *l. 3. §. 1. ff. Commodati.*

Contraria verò datur *Commodatario*, quia repetit, quod suâ interest, nomine rei commodatæ, *l. 17. §. sic ut ff. commodati.* v. g expensas, si quas, ad perpetuam rei commodatæ utilitatem spectantes, fecerit. Dixi *perpetuam*; nam quæ præsentem rei usum concernunt, illas non repetit, *l. 18. §. 2. ff. eod. Mantic. de tacit. & ambig. convent. lib. 9. tit. 2. n. 6.*

Datur & tunc actio contraria contra commodantem, si scienter rem vitiosam commodaverit, & commodatarius exinde damnum aliquod passus sit, ad damnum illud resarciendum. Fortè si vas vitiosum commodaverit, ut vinum infusum aut corruptum fuerit, aut effluxerit. *d. l. 18. §. 3. Manz. d. loc. n. 11, Harp. n. 15.*

Limitatur, si commodans vitium ignoraverit, *d. l. 18. §. 3. l. pen. ff. eod.* nam licèt alias vitium scire debuerit, hic tamen, ubi de mero beneficio agitur, cessat, *Mantica loc. cit.* Unde *colligitur*, quòd commodatario de dolo, & lata culpa tantùm teneatur. *Bacbov. ad Treutl. vol. 1. disp. 24. th. 4. lit. C. Brunnem. in d. l. 18. §. 3. n. 5.*

Datur denique actio contraria tunc, si commodans ante completum usum rem commodatam auferat; tametsi enim commodatum ab initio sit officii, ex postfacto tamen necessarius est. *Manz. n. 29.*

Quæres I. An non liceat commodanti rem commodatam ante tempus revocare, qui alias ex inopinatô grave subiret damnum? Fac, v. g. me quatuor 30

equos

equos habuisse, & tibi commodâsse duos, reliquos verò duos casu inopinatò periisse. Jam, cùm illis duobus equis, quos tibi commodavi, difficulter caream, *quæritur*: an eos ante tempus revocare nequeam?

Videtur primâ fronte, quòd *non*. I. Quia donatio, ob superveniens infortunium, revocari non potest; ergò neque commodatum. II. Quia nemo potest mutare consilium in detrimentum alterius.

Verum, contrarium tenendum: tum, quia commodans non videtur voluisse rem alteri gratis utendam, concedere cum suo proprio incommodo, & detrimento; ut proinde ratio æquitatis exigat, rem commodatam, si commodans, de *damno vitando*, certet, ante tempus revocari posse; quilibet enim sibi ipsi proximus est. Ita docent *Molin. tr. de J. & J. disp.* 249. *n.* 8. *Haunold. tom.* 3. *cap.* 7. *n.* 759. *Zoës. ff. commod. num.* 20. *Clariss. D. D. Franz. hic. n.*12. Quò facit etiam, quòd *Locator*, si ædes propriis usibus necessarias habeat, expellere possit *Conductorem* ante tempus, *l.* 3. *Cod. locati.* Ut magis nostrò casu id obtinere re debeat, utpote in quo agitur de concessione *gratuita*, in locatione verò de *onerosa*.

Ad I. ℞. *neg. parit.* quia per donationem transfertur *Dominium*; in commodato tantùm *Usus*: faciliùs autem revocatur usus, alteri concessus, quàm dominium semel translatum.

Ad II. Resp. Id procedere; nisi rationabilis causa subsit, prout est in nostro casu.

Ad vers. At is.

31 *Quæritur* hic, ad qualem culpam teneatur commodatarius? Quid & quotuplex sit culpa, latè dictum est in *Lib I. Tit.* 26. *n.* 10. *& seqq.* Quò jam remissus esto, & quò legeris, suppositio.

Resp. Ad *Quæstionem* propositam, statuendo universalem regulam, quam non solummodò pro contractu commodati; verùm etiam pro pluribus aliis contractibus; quibus agitur de præstatione culpæ, observes velim. Itaque vel contractus respicit utilitatem utriusque, id est, *accipientis* & *dantis* simul; vel *accipientis* tantùm, vel *dantis* tantùm.

Si contractus respicit utilitatem utriusque contrahentis, tunc præstatur *dolus*, *culpa lata* & *levis*, non etiam *levissima*, *l.* 5. §. 2. & *l.* 18. *ff. Commodati.* Si accipientis tantùm, tunc præstatur etiam *levissima* culpa, *text. hic. & d. l.* 5. §. 2. *junctâ l.* 18. *ff. d. t.* Si verò dantis tantùm, tunc alter non nisi de lata culpa tenetur, *d. l.* 5. §. 10.

Ex *dictis* jam facilè *colliges*, ad quam culpam præstandam teneatur commodatarius. *Refert.* nimirum, an commodatum respiciat utilitatem commodantis tantùm (veluti si Sponsus Sponsæ commodet ornamenta, ut honestiùs in nuptiis incederet) & tunc solus *dolus*, & *lata* culpa præstatur, *d. l.* 5. §. 10. An respiciat gratiam, & utilitatem utriusque (veluti, si Titius, & Cajus pararent simul convivium in ædibus Titii, Cajusque commodaret pocula) & hôc casu præstatur *dolus*, *lata* & *levis* culpa, *d. l.* 18 An respiciat utilitatem commodatarii tantùm (veluti plerumque contingit) & tunc præstatur *dolus*, *lata*, *levis*, & levissima culpa, *d. l.* 18. *ff. Commodati. Brunnem. ibid. n.*1. *Carpzov. p.* 2. *const.* 26. *def.* 6.

Casum fortuitum commodatarius præstare non tenetur, *l.* 5. §. 4. & 7. *ff. commodati*, *juncta l.* 23. *ff. de R. J.* Ratio,

Ratio, quia quælibet res perit suo domino; commodatarius autem rei commodatæ dominus non est, ergò. Ratio alia, quia commodatarius non est debitor certæ speciei; debitor autem certæ speciei casum non præstat, *l.* 207. *ff. de Solut.* & §. 3. *Inst. de empt. & vend. Harp. n.* 23. Concord. *Walter de Jure consuet. Aust. lib.* 2. *tit.* 19. ibi: *Doch werden hiebey*, &c. i. e. *Excipiuntur tamen casus qui divinitùs & præter commodatarii prudentiam, seu fortuitò accidunt; qualia sunt incendia, vis bellica & aquarum furta, & similia; hæc quippe non tenetur præstare commodatarius.*

Limitatur I. Nisi expressè conventum sit inter partes, de præstando casu fortuito; contractus enim ex conventione legem accipit, *l.* 23. *ff. de R. J.* & *l.* 1. *Cod. Commodati.* II. Nisi rei commodatarius, æstimationem, se præstiturum, adsponderit, *d. l.* 5. §. 3. *ff. eod.* III. Nisi culpa commodatarii intervenerit (fortè, quia in mora restituendi fuit) *d. l.* 5. §.4. & *l.*33.& *cap. un.* X. *de Commodat.* vel, quia rem commodatam per personam, minùs idoneam, remisit, *l.* 10. §. *fin. ff. d. t.* Planè, si per nuntium communem remiserit, de casu non tenetur; nuntius enim publicus pro idonea persona habetur. *Schamb. Inst. hic. vers. Quæres.* Item *Brunnem. in d. l.* 10. vide etiam *Carpzov. p.* 4. *const.* 11. *def.* 12. & 13. Item *Gomez. var. res. tom.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. *Zoës. ff. commodati. n.* 13.

Sed quid Juris, si quis per servum suum rem commodatam commodanti remiserit, & servo res commodata per vim ablata fuerit, aut servus cum re aufugerit? Ut confestim me expediam, in *Quæstionis Decisionem* id tibi in medium profero, quod de *Jure Austriaco* obtinere, scribit *Walter lib.* 2. *tit.* 19. *vers. Gleicher Weisz.* Ibi: *wann der Leyher* &c. i. e. *Cùm commodatarius servum mittit, ut rem commodatam restituat: hic autem re receptâ infideliter agit, vel aufugit, vel res ei ab altero diripitur; tunc damnum non ab eo qui rem concrediderat; sed ab ipso commodatario est perferendum.*

§. PRÆTEREA. 3

Quartus contractus, qui *Re* contrahitur, est *Depositum*, quod *definitur*, quòd sit *Contractus realis, quo res gratis custodienda, alicui traditur eò fine, ut eadem in specie, quandocunque deponenti libuerit, restituat.* 32

Dixi I. *Realis*, quia hic contractus non aliter, quàm, re ipsa interveniente, celebrari potest.

Dixi II. *Gratis*: nam si interveniat merces in pecunia numerata, tunc erit *locatio conductio*; si verò merces in alia re consistat, *contractus innominatus* erit.

Dixi III. *Custodienda*; etenim hæc censetur esse *forma* depositi, per quam ab aliis contractibus, qui in re consistunt, distinguitur: siquidem in reliquis contractibus, qui re ineuntur, res custodienda non datur; sed ut vel accipientis fiat (veluti in *mutuo* & *indebito*) vel, ut eâ accipiens utatur (veluti in *commodato*) vel, ut eam in securitatem crediti habeat (veluti in *pignore*) *Harp. n.* 5.

Dixi IV. *Traditur*, tum, quia in deposito res non datur, id est, rei dominium non transfertur *l. licet. ff. depositi.* tum, ut indicetur rerum immobilium depositum non dari, utpote quæ tradi non possunt. *Manz. n.* 3. *Schneid. Zoës. ff. depositi. n.* 1. Dissent. *Harp. n.* 17. *Bachov. in Treutl. vol.* 1. *disp.* 26. *th.* 4. *lit. D. Vinn. Inst. hic. fusè Glettle part.* 3. *cap.* 13. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 10. Ego existimo, dissentientium sententiam hâc solâ responsione explodi posse, si dicatur, rerum immobilium dari depositum; sed improprium.

Dixi

Dixi V. *Ut eadem in specie*, quibus verbis differt à *mutuo*, quod in *genere* restituendum; natura verò depositi est, ut res in specie restituatur. Unde si actum fuerit, ut depositarius non eandem rem, sed aliam restituat, ex hoc negotio contractus innominatus *do, ut des*, consurgit.

Dixi VI. *Quandocunque deponenti libuerit*, in hoc enim vel maximè consistit depositi natura, ut ad nutum deponentis restituatur. *Ratio*, quia depositum, solius deponentis gratiâ, regulariter contrahitur, ut proinde, quandocunque voluerit, id revocare possit, *c. 2.* ✠ *de deposito l. 1. §. 12. ff. depositi.*

Et hoc in tantum extenditur, ut, etiamsi terminus, faciendæ restitutioni à deponente præfixus, necdum elapsus fuerit; deponens tamen rectè revocet depositum, *Manz. l. 10. tit. 4 n. 7. Pirhing. ad Decret. de deposito §. 3 n. 7. Manz. n. 17.* Ratio est, quia depositum unicè spectat commodum deponentis, ut proinde non censeatur terminus adjectus in præjudicium deponentis; sed ad definiendam obligationem depositarii, qui proinde non liberatur, si sine justa causa ante præstitutum tempus invito deponenti depositum restituat, *l. 5. §. 2. ff. depositi. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 30.*

Ad Vers. Teneturque.

33 Sicuti ex *Commodato* oritur *duplex* actio, ita etiam ex *Deposito*, *Directa*, quæ datur deponenti, ejusque hæredibus adversus depositarium ejusque hæredes, ut res deposita, non deteriorata, restituatur, *l. 1. §. 16. depositi*, unà cum fructibus, & omni causa, *l. 1. §.* & *ideo ff. eod. Contraria*, quæ datur depositario contra deponentem, qua repetit, quod sibi abest nomine depositi suscepti; aut, quia in illud impensas fecit; aut, quia damnum passus est propter vitium rei depositæ. *Schneid. Inst. hic.*

Kees ad Instituta.

Ad Vers. Sed is.

Quæritur in hoc *Versiculo*; ad quid teneatur depositarius? ℞. id ex regula, superiùs data, patere; nimirum, quòd non nisi de *dolo* & *lata culpa* teneatur, *text. hic* & in *l. 32. ff. depositi.* Ratio, quia depositum deponentis utilitatem tantùm respicit, &, si negligenti amico, rem custodiendam, commiserit, id suæ imputare debet facilitati, ex qua si damnum sentiat, sentire non videtur, *l. 203. ff. de R. J. Manz. n. 24.* 34

Dicta, quòd depositarius de *dolo* & *lata culpa* tantùm teneatur procedunt,

I. Nisi depositarius *ultrò* & *sponte propriâ* se obtulerit, ad depositum recipiendum; tunc enim, quia per talem spontaneam oblationem Juris interpretatione, omnem diligentiam in re custodienda simul promissa, intelligitur, culpam etiam non tantùm levem, sed etiam levissimam præstare tenetur, *l. 1. §. 35. ff. depositi P. Engel. ad Decret. de deposito n. 5. Pirhing. lib. 3. tit. 16. §. 2. n. 5.*

II. Nisi depositarius pro rei custodia *mercedem* acceperit, quo in casu, ad levem culpam præstandam, obligabitur, quia tale depositum migrat in contractum *locationis Conductionis*, in quo, quia utriusque utilitatem respicit, levis culpa præstatur, *l. 1. §. 9. ff. depositi. P. Engel. loc. cit. Mantic. de tacit. & ambig. convent. lib. 10. tit. 9. num. 12.*

III. Nisi *nominatim convenerit*, ut depositarius omnem culpam vel etiam casum præstaret; hoc enim casu ad præstationem omnis culpæ & casûs fortuiti tenebitur; contractus enim ex conventione legem accipiunt. *l. 1. §. 5. & §. 35. ff. depositi.*

IV. Nisi sint *Nautæ*, *Caupones*, aut *Stabularii*; hi enim, ad levissimam culpam

culpam præstandam, tenentur, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *ff. Naut. Caup.* Ratio, quia horum officium annexam habet custodiam, *d. d. ll. Clariss. D. P. Konig. ad decret. de depos. n.* 22. *Zoes. ff. d. t. n.* 2. & 3. *Brunnem. in d. l.* 3. *num.* 4. Concord. *Walter de Jure consuet. Austr. lib.* 2. *tit.* 21. *Wann*, &c. i. e. *Cùm aliquis in diversorio publico rem custodiendam seu asservandam Tabernario tradidit, tunc tenetur Tabernarius rem illam præstare; ita quidem, ut cum rem ei concreditam vel domesticus vel hospes aliave persona abstulerit, teneatur Tabernarius damnum sarcire.* Quod tamen *limitatur*, procedere in variis casibus, quos ordine recenset *Walter. d. loc.* Illud tamen, in medium non adducere non potui, quod *Walter loc. cit. in fine*, Juris esse, asserit: *Wann ein Gast* &c. i. e. *Cum hospes Tabernario vidulum, ephippium, saccum, aut sarcinas consignatas custodienda tradidit, & vincula deinceps soluta deprehenduntur; tunc tenetur Tabernarius res singulas ibi contentas præstare: sed & cùm hospes eas sigillatim priùs non indicavit, tamen de illis quæ ablatæ erunt, ut & de earum prætio, juramentum ejus fidem faciet.*

Ista pro declaratione *textus*. Cæterum

35 *Quæres* I. An depositarius re deposita uti possit? R. quòd non, custodiam enim tantùm habet, &, si re depositâ, invitò Dominò, utatur, furti se reum constituit, *l.* 3. *Cod. depositi.* Et hoc sine omni dubio procedit, si species deposita sit. *Schamb. Inst. hic.* Sed,

36 *Quæres* II. Quid? si v. g. pecunia deponatur, poteritne depositarius eâ uti, si paratus sit tantundem restituere?

R. I. Extra dubii aleam versari, si pecunia clausa & obsignata fuerit, quòd depositarius eâ uti non possit, quin furtum committat: Ita apertè sancit, *l.* 29. *ff. depositi*, his verbis: *si sacculum, vel argentum signatum deposuero, & is, penes quem depositum fuit, me invitò, contrectaverit, & depositi & furti actio in eum mihi competit.*

Resp. II. Idem dicendum esse, etiamsi pecunia non fuerit clausa, aut obsignata, *l.* 3. *l.* 4. *Cod. h. t.* ubi indistinctè dicitur, depositarium committere furtum, utendo re depositâ; quamvis hoc in casu diffident, *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 26. *th.* 6. *lit. A.* eò quòd pecuniam, non obsignatam, deponens, tacitè ejus usum depositario concessisse videatur; hoc tamen in rigore Juris vix obtinet, ut de æquitate procedat, eò saltem casu, quo depositarius ejus est conditionis, ut omni, quo petitur, momentò depositum valeat restituere. *Schamb. hic.*

Sanè, si pecunia, non obsignata deposita fuerit, & depositario adnumerata hôc pactô, ut, si opus habeat, eâ utatur, utendo furtum planè non committit, &, licèt tale depositum notissimos depositi terminos egrediatur, depositum tamen manet, & actio depositi competit, propter animum deponendi non mutandi, *l.* 24. *l.* 25. *l.* 26. §. 1. *ff. depositi Zoes. ff. eod. num.* 3. *Glettle part.* 3. *quæst.* 13. *Clariss. D. P. Konig. de deposit. num.* 7.

Quæres III. An depositarius in periculo *incendii*, *naufragii*, aut *hostilis incursionis* res depositas præ suis servare teneatur, si utrasque non possit? 37

Res *dubio* plena est; nam ex una parte S. Pontifex *in cap. bona fides* 2. ✠ *h. t.* generaliter asserit: *bona fides abesse præsumitur, si rebus tuis salvis existentibus depositas omisisti.* Ex altera verò parte haud culpabile videtur, nec contra bonam fidem, si quis priùs de rebus propriis, quam alienis sollicitus sit,

fit; ex quo regula charitatis proximi est, dilectionem incipere à se ipso, *can. si non licet. 9. cauf. 23. quæft. 5.*

His non attentis, *quæstio* adminiculò *Distinctionis* decidenda est: vel enim res depositarii sunt pretiosiores; aut æquè pretiosæ, ac depositæ: & tunc depositarius proprias depositis potest, absque eo, quòd culpam, in deposito præstandam, committat; siquidem verosimile non est, quòd ad rerum depositarum custodiam cum damno ac periculo proprio se obligare voluerit, & ipsa naturalis ratio dictitat (cæteris paribus) suis potiùs, quàm alienis invigilandum esse, *Mascard. de probat. vol.* 1. *concl.* 508. *n.* 4. *Mantic. de tacit. & ambig. convent. lib.* 10. *tit.* 9. *n.* 40. *Haunold. tom.* 3. *tit.* 10. *num.* 746. *Brunnem. ad d. l.* 32. *ff. depositi n.* 9.

Vel res depositæ notabiliter sunt pretiosiores rebus depositarii: & tunc depositarius illas, relictis propriis, salvare tenetur, & si, neglectis depositis, res suas viliores conservarit, id dolò fecisse præsumitur, *d. cap. bona fides* 2. *X. de deposito.* Toties enim dolus præsumptus dari dicitur, quoties major diligentia adhibetur rebus propriis, quàm depositis. *Bartol.* & *Cujac. in d. l. quod. Nerva* 32. *ff. depositi.* Intereà depositarius; quod conqueratur, causam non habet; damnum enim, quod exinde sentit, deponens per actionem depositi contrariam refundere tenetur. *P. Engel. ad decret. de depos. n.* 9. *Clariss. D. P. Konig. ibid. n.* 33. *Brunnem. loc. cit.* Imò *Mantic. lib.* 10. *tit.* 9. *n.* 42. *Abbas* & *Gonzalez. in cit. cap.* 2. apertè docent, depositarium non teneri, rebus propriis relictis, depositas pretiosiores conservare; quorum sententia æquitati minùs videtur consona.

Vidimus, quid sit *Depositum*: sequitur de *Sequestratione*, quæ etiam depositi species est; & *definitur*, quòd sit *rei litigiosæ, à pluribus facta, depositio. Harp. hic. n.* 59. Sive (ut clariùs intelligas) sequestratio est nihil aliud, quàm *actus*, *quo res litigiosa à pluribus controvertentibus, vel Judice eâ lege tertio* (qui *Sequester* vocatur) *custodienda traditur, ut, finitâ lite, victori reddatur.*

Dividitur in *voluntariam*, & *necessariam.* Illa mutuô consensu partium perficitur. Hæc jussu, & authoritate Judicis (parte etiam invitâ) constituitur. Unde (regulariter) prohibita, tum, quia ab executione non est ducendum exordium litis; tum, quia absurdum est, cogi quemquam possessione decedere, antequam sit convictus, *l. un. Cod. de prohib. sequest. l. ult Cod. d. R.V.*

Dixi *regulariter prohibita*, certis enim casibus permissa est: puta, si debitor, sive conventus ad inopiam vergat (fortè quia bona sua dissipat, atque profundit) vel, si reus nulla bona immobilia habeat, & de fuga suspectus sit, *l.* 7. *§. fin. ff. Qui satis dare cog. Harp. n.* 107. *& seqq.* De sequestrationis materia integrum *Titulum* scribit *Walter lib.* 2. *tit.* 22.

§. CREDITOR. 4.

Quintus, & *ultimus contractus*, qui *Re* 40 initur, est *Pignus*, à *Pugno* dictum quasi res, quæ pignori datur pugnô sive manu tradatur. *Clariss. D. P. Konig. ad Jus Canon. de pignor. & aliis caut. n.* 1.

Pignus *tripliciter* sumitur, I. pro ipsa re oppignerata, § 7. *Inst. de act. tot. tit. ff. & Cod. de distrah. pig.* II. Pro Jure reali, quod creditor in re oppignerata habet, *tot. tit. ff.* & *Cod. Qui pot. in pig.* III. Pro ipso contractu seu conventione, ex qua isthæc pignoris obligatio descendit, *l.* 1. *§. fin. ff. de pact.* in quo sensu acceptum.

 Definitur,

Definitur, quòd sit *contractus*, *re initus*, *quo res Creditori traditur in securitatem debiti.*

Dixi I. *Re initus*, quia pignus neque *nudò consensu*, neque *verbis*, neque *litteris*, sed *rei traditione* constituitur. *text. hic.* & *l.* 1. §. 6. *ff. de O.* & *A.*

Non obstat *l.* 18. *ff. de pignor. act.* & *d. l.* 1. *in princip.* ubi pignus dicitur, etiam nuda conventione, sine traditione contrahi; enimverò *d. d. ll.* intelligendæ sunt de hypotheca, quæ quandoque in Jure cum nomine pignoris confunditur, promiscuè ponitur. *Harp. Inst. hic. n.* 4.

Dixi II. *Quo res* (subintellige *propria*)
41 res enim *aliena* oppignerari non potest, *tot. tit. Cod. Si res alien. pign. dat* nisi volente vel rati habente in ipso dominò. *l.* 20. *ff. de pignor. act.* Quòd si debitor rem alienam pignore dederit, tenebitur actione pignoratitiâ, contrariâ si creditoris intersit, *l.* 6. *Cod. d. t.* & præterea (extra ordinem) crimine *Stellionatus* notatur, *l.* 16. §. 1. *ff. de pignor. act. Zoes. ff. Quæ res pig. oblig. non poss. Manz. n.* 6. *Finsterw. lib.* 2. *obs.* 90. *n.* 1.

Dicta procedunt, si res simpliciter sit aliena, ita, ut debitori nullum penitus Jus in eo competat. Secùs si Jus aliquod in re oppignerata habeat. Sic emphyteuta rem emphyteuticam, creditor rem oppigneratam rectè pignori dat, *d. l.* 16. §. *ult.* & *tot. tit. Cod. Si pignus pignori datum sit. Clariss. D. D. Franz. n.* 16.

Dices: Res aliena potest vendi, *l.* 28. *ff. de contrah. emp.* ergò etiam oppignerari. ℞. *Con. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd venditor duntaxat teneatur, ad tradendam possessionem, & usu capiendi conditionem. *Gloss. in d. l.* 28. Contra verò debitor in pignore tenetur transferre Jus in re, quod non potest, nisi dominus sit, *arg. l. Nemo plus Juris* 54. *ff. de R. J. Harp. n.* 148. *Pirhing. ad Decret. de pignor.* §. 3. *num.* 15.

Dixi III. *traditur*; per hanc enim particulam *Pignus* distinguitur ab *Hypotheca*, quando enim res obligatur Creditori sola conventione, absque traditione rei, tunc hypotheca dicitur, sive res obligata *mobilis* sit, sive *immobilis*. Proinde, ut intelligas, an pignus sit, an hypotheca, respicias, necesse est, an res sit tradita; an nudâ conventione obligata, absque traditione: si priùs, pignus: si posterius, hypotheca erit. Unde advertis, *pignus*, (regulariter) in rebus *mobilibus*; *hypothecam* autem in rebus tam *mobilibus*, quàm *immobilibus*, constitui: licèt cæteroquin pignus, & hypotheca in Jure frequenter confundantur, & non, nisi sonô nominis, differre dicantur, *l.* 5. §. 1. *ff. de pignor.* & *hypoth. Schneid. n.* 91. §. 7. *Inst. de Act. Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 6. *Manz. n.* 11.

Dixi IV. *In securitatem debiti*; quibus verbis distinguitur à cæteris contractibus, re initis; *mutuum* enim & *commodatum* rei *usum*: *depositum*, rei depositæ *custodiam*: solùm verò pignus *securitatem* debiti concernit. *Harp. n.* 9.

AD VERS. QUIA.

Explicatur in hoc versiculo *effectus* pignoris, qui est *Actio*, quæ *duplex* est. 42 *Directa* & *contraria*. Directa est, quæ debitô, integrè solutô, datur debitori, ejusque hæredibus adversùs creditorem, ejusque hæredes, ut res pignerata restituatur, *Schamb. hic.* & *Harp. n.* 307. Dixi *integrè*, quia quamdiu debitum non universum solvitur, ut quamdiu aliquid, vel modicum ex solutione debiti restat; pignus non liberatur, *l.* 9. § 3. *de pignorat. act.* Sicuti enim particularis solutio non relevat debitorem, *l.* 13. §. 8. *ff. de act. empt.*

empt. ita quoque non liberat pignus, *l. 19. ff. de pignor. & hypo h. Mutz.n. 27.*

43 *Dubitatur*, an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem detur? ℞. *Negative*, quia actio hæc personalis est, utpote descendens ex contractu; ergò non datur, nisi contra eum, cum quo contractum; non est autem contractum cum tertio. *Zoes. ff. de pignorat. act. n. 5.* Factâ tamen solutione primo creditori, vel aliâ ei datâ satisfactione, pignus quoad utrumque permittitur. Nec datur tertio Jus aliquod retinendi, vel persequendi pignus. *l. debitor. 40. ff. d. t.* cùm, solutô Jure concedentis, resolvatur etiam Jus accipientis, *l. Si ex duobus §. 1. ff. de in diem addict. cap. nuper.* ✠ *de donat. inter vir. & uxor. Card. Tusch. tom. 6. lit. R. Concl. 272.* Ut proinde debitor, rem suam etiam à tertio possessore vindicare, non prohibeatur. Ita judicatum ab excelso Austriæ Regimine in causa Elisabet *Pugranin* contra *Carl Klether*, ibi *Welcher* &c. i. e. *Qui sub pignore catenæ aureæ actricis, quam ipsa priùs Augustino Rueffen pro. 80. fl. oppigneraverat, ipse ad petitionem dicti Augustini prioris creditoris, pecuniam fl. 160. crediderat. Negabat Reus se velle catenam mulieri petenti restituere, ni priùs 160. fl. sibi numerarentur. sententiâ die 14. Septemb. 1589. publicatâ, judicatum est: Non jure à Reo denegari restitutionem catenæ aureæ, ad petitionem actricis offerentis solutionem 80. fl. pro quibus ipsa catenam oppigneraverat, & usurarum ea die debitarum: Reum proinde obligari ad restituendum pignus; ei tamen de residuo salvum jus remanere in bona debitoris sui Augustini Rueffen.*

44 Cæterum, si creditor ex re oppignerata fructus perceperit, illos tenetur computare in sortem, *l. 1. & 2. Cod. de pignorat. act. l. 2. ff. de pignor.* Unde, si creditor tantum ex fructibus perceperit, quantum est debitum, pignus ipso Jure liberatur, *l. 1. Cod. de distrah. pig.* Fructus enim percepti ex pignore, lucro creditoris non cedunt, sed computantur in sortem, *cap. 6.* ✠ *de pignor.* eamque extenuant, hoc est, exonerant primò usuras, dein sortem. *Schneid. hic. num. 17. Mev. p. 5. decis. 382. Neguzant. de pignor. memb. 5. part. 5. num. 11. Brunem. in l. 2. Cod. de pignor. act.* ubi ait: hoc procedere, si fructus consumpti sunt à creditore; nam, si extent adhuc, non extenuant sortem, *l. Si Convenerit. Cod. h. t.* sed repetuntur per se actione pignoratitiâ, *l. 22. §. 2. ff. eod.* Illud verò silentiô premere non potui, quòd in casu, quo mutuum à te petitur, & debitor tibi hypothecare velit fundum, consultiùs sit, ut fundum non accipias pro hypotheca, sed satagas, ut fundum tibi vendas cum pacto retro vendendi: nam, si fundum pro hypotheca accipias, fructus, ex eo percepti, lucro debitoris cedunt; secus, si eundem emas cum pacto retro vendendi, hôc enim casu fructus tuos facis, *Schneid. loc. cit. Zoes. ff. de retract. n. 25.*

Actio *contraria* est illa, quæ datur *creditori* adversus *debitorem*, ut præstet id, quod sibi ratione pignoris abest, v. g. si quas impensas fecerit, *l. 8. ff. de pignor.* vel si propter rem alienam, vel vitiosam oppigneratam, damnum passus sit, *l. 10. l. 31. ff. eod. Harp. n. 314. Zoes. ff. de pignor. n. 13. & seqq.*

Ad Vers. Sed Quia.

Quæritur hic, ad qualem culpam creditor teneatur? Quando quidem iste contractus utriusque gratiam respicit, & quidem debitoris, ut ejus necessitati consulatur; creditoris verò, ut ei ma- 45

gis in tuto sit creditum. Ideò creditor non tenetur, nisi de *dolo, lata* & *levi culpa*, ex regula, suprà de *commodato* tradita. Culpam *levissimam*, *vim majorem*, aut *casum fortuitum* non præstat creditor, *l. 23. ff. de R. J.* Ratio, quia res quælibet perit suo domino; debitor autem pignoris dominus manet. *Manz. num. 26. Wesemb. in parat. de pignorat. act. n. 7. Zoës. ff. eod. num. 12.* Nisi fortè aliter convenerit inter partes, ut scilicet amisso rei oppigneratæ liberet debitorem, *l. 5. & 6. Cod. de pignorat. act. Perez. ibid. n. 15.* Aut, nisi culpa casum præcesserit; culpa enim sua cuique nocet. Ubi

46 *Quæres I.* Quid Juris? si creditor dicat, se rem, pignori commissam, amisisse; debitor verò contendat, propriâ creditoris culpâ amissionem contigisse? Cuinam incumbet onus probandi, rem culpâ, vel absque culpa amissam fuisse?

Ut breviter me expediam in hac ardua, & plena utilitatis *Quæstione*, R. creditorem probare debere, absque sua culpa rem, pignori datam, amissam esse. Ita *Fach. lib. 1. cont. 87. Fünfterwald. lib. obs. 92. num. 7.* Vide etiam *Carpz. part. 2. const. 26. def. 17. Mascard. de probat. Conclus. 87. Gail. lib. 2. Obs. 21. Wesenb. part. 1. Consil. 36.* & pro hac *Opinione* expressè *judicatum* est ab *Excels. Regim. Austr. ult. Novemb. 1655. Die Frau* &c. i. e. *Rea incumbere onus ritè probandi, se pignora, quæ (ut in actis scriptum est) accepit, non minus diligenter ac res proprias curasse: eaque citrà suam culpam ablata esse.*

Porrò, pignus quoque nonnunquam oneratur *pacti*, quorum potissimum *duo* occurrunt.

47 *Primum* est pactum *Antichreseos*, quod nihil est aliud, quàm conventio, quâ id agitur, ut liceat creditori re oppigneratâ uti, frui, donec debitum solutum fuerit. *Haunold. tom. 4. tract. 10. n. 928.* Hoc pactum Jure *civili*, licitum est, & permissum, *l. 14. l. 17. ff. de usur.* Ratio ponitur incertitudine fructuum, & compensatione usurarum legitimarum, *l. 11. §. 1. ff. de pignor. & hypoth.* illis verbis: *cum in usuras fructus percipiat.*

At, de Jure *Canonico* ejusmodi pactum, tanquam usurarium, reprobatur, 48 *cap. 6. X de pignor.* Ratio, quia usura est quidquid ultra sortem accipitur (intelligendo, sortis nomine, etiam *lucrum cessans*, & *damnum emergens*, & quidquid, à creditore Jure potest æstimari, & actione pignoratitiâ peti) atqui, si fructus retinerentur ex pacto, præcisè titulô incerti eventûs fructuum & pretii, quidquid acciperetur; & quicunque fructus essent, ultra sortem essent, ergò pactum de illis percipiendis usurarium foret. *Haunold. loc. cit.* vide *Zoës. ff. de pignorat. act. Gail. lib. 2. obs. 3.* pulchrè *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n. 22. & seqq.*

Secundum pactum vocatur pactum 49 *commissorium*, & est illud, quo inter *Debitorem*, & *Creditorem* convenit, ut, debitô, intra certum tempus non solutô, res oppignerata pro quantitate debita creditori committatur, hoc est, ejus fiat. Et hoc pactum, cùm eidem sæpè insit fraus intolerabilis, utpotè injustum, iniquum, charitati proximi diametraliter contrarium, & labi usurariæ obnoxium, sive ab initio, sive ex postfactò adjectum fuerit, non tantùm à Jure civili, *l. 3. Cod. de pact. pignor.* verùm etiam canonicô, *cap. 7. X de pignor.* prohibitum est. Ratio hujus prohibitionis est, quia pignus ferè semper excedit in valore debitum, & debitor in necessitate constitutus, ad quævis pacta facilè flectitur, ut suæ duntaxat consulat necessitati. *Clariss. D. P. Konig. ad Decret. de pignor. num. 24. Gonzalez. in cit. cap. 7. Haunold. loc.*

loc. cit. num. 929. Qui omnes admittunt, quòd si creditor ita pacisceretur cum debitore, ut, debitô intra tempus non solutô, pignus creditori juxta boni viri arbitratum pro justo pretio vendatur, non committeretur usura, *l.* 16. §. *fin. de pignor.* & *Engel. tit. de pignor. num.* 10.

TITULUS XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Connexio.*
2 *Definitur stipulatio.*
3 *Enumerantur requisita stipulationis.*
4 *Quare stipulatio inventa fuerit?*
5 *Ex stipulatu oriuntur duæ actiones.*
6 *Stipulatio pure, & sub conditione recte contrahitur.*
7 *An stipulatio pura sit: decem aureos annuos dare spondes, quoad vivam?*
8 *Quid, & quotuplex sit conditio?*
9 *Conditio potestativa, negative concepta, quid operetur?*
10 *An cautio Mutiana in contractibus locum habeat?*
11 *Spes, debitum iri, an transeat ad hæredes?*
12 *An, factum promittens, teneatur præcisè ad factum?*

CONNEXIO.

1 Vidimus, quid sint *contractus*, qui *Re* celebrantur. Sequitur *secunda species* contractuum, qui *Verbis* contrahuntur. Ubi altô vertice eminet *Verborum Obligatio*, & *stipulatio.*

Dicitur autem *Verborum obligatio*, non quòd in aliis contractibus non etiam requirantur verba, sed, quia in hoc Contractu non *qualiacunque Verba* sufficiunt: sed talia, quæ debitâ solennitate constant, puta, *Interrogatione & Responsione. Manz. n.* 3.

AD PRINCIPIUM.

Stipulatio *definitur*, quòd sit *contractus nominatus, Juris civilis, & stricti Juris, ex interrogatione unius, & congrua secuta responsione alterius resultans.* Ex quo *colligitur*, *ad validitatem* stipulationis requiri 2

I. *Interrogationem, & Responsionem.* 3 Nam, si quis alteri præsenti ex lucrativa causa aliquid promittat absque præcedente *Interrogatione*; non *stipulatio*, sed *Pactum nudum* erit, de Jure communi non producens *Actionem*, aut efficacem *Obligationem.*

II. Interrogatio debet *præcedere*, & *subsequi Responsio*, ita, ut, si responsio præcederet, stipulatio invalida redderetur. *Ratio*, quia hic ordo requiritur de *Forma*; formâ autem neglectâ, quidquid agitur infirmum est. *Schneid. num.* 19. *hic.*

III. Requiruntur *Verba*: Unde sequitur, inter *Absentes* stipulationem non contrahi. *Ludwel.* §. 1. *hic.* neque tunc oriri hunc contractum, si quis interrogat, *promittis?* & alter *capite* tantùm *annuat.* Ratio, quià formâ neglectâ, quidquid sequitur, infirmum est. *Manz. num.* 7. requiritur ergò, ut *Interrogatio præcedat*, & *congrua responsio subsequatur*; v. g. hôc modò *promittisne, mihi dare centum?* respondeat: *promitto.*

Adinventa

4 Adinventa est stipulatio, reliquarum obligationum firmandarum causâ. Pacta enim nuda obligationem efficacem non producunt, nisi stipulatione munita sint, *l.* 45. *ff. de pact.* Item contractus innominati ante implementum ab una parte pœnitentiam admittunt; sed quando stipulatio intervenit, etiam ante implementum efficax obligatio oritur, *l.* 3. *Cod. de rer. permutat. Schneid. n.* 9.

ADVERS. EX QUA.

5 Ex contractu stipulationis duæ oriuntur actiones, videlicet, *Condictio certi & actio* ex *Stipulatu.* Condictio certi tunc consurgit, si certum quid in stipulationem deductum sit, v. g. *Equus meus Bucephalus decem amphoræ Vini Rhenensis optimi.*

Actio ex stipulatu datur, quando aliquid incerti in stipulationem deductum est; non quidem ex toto suo genere, sed ita incertum, ut ex circumstantiis, vel relatione ad aliud non appareat, *quid, quale*, & *quantum* sit? v. g. si quis mihi promisit equum in *genere*, vel *generaliter*, decem amphoras vini. Hic enim, etsi appareat, *quid* sit promissum, scilicet *Vinum*, & *quantum*, scilicet 10. amphoræ, tamen non appareat, *quale*? *Manz. n.* 21.

§. IN HAC. 1.

Imperator in hoc §. declarat, quibus verbis stipulatio *hodie* contrahatur rejectâ solennitate verborum, quæ *olim* ad contrahendam stipulationem necessaria erat. Nam, olim per quæcunque verba fiebat interrogatio, per eadem: & non alia oportebat, fieri Responsionem (veluti *promittis? promitto. Dabis? dabo.*) & nec poterat fieri per verbum æquipollens; sed hæc sollennitas hodie sublata est. Unde ex hoc §.

Colliges I. Quòd stipulatio contrahatur quibuscunque verbis, modò sint *apta* ac *congrua* ad interrogata, & responsa, interrogatioque præcedat & sequatur responsio. *Mens* enim, non *Verba* consideranda sunt, *l.* 16. *Cod. de Fidei Commiss.*

Colliges II. Quòd diversitas linguarum non vitiet stipulationem, ut si quis *latinè* interroget, alter *græcè* respondeat, dummodò contrahentes se invicem intelligant vel per *interpretem.* Text. *hic.* & *Schneid.*

§. OMNIS. 2.

Stipulatio contrahitur vel *purè* (quando neque *dies*, neque *conditio* adjicitur) 6
vel non *purè* (quando vel *dies*, vel *conditio* adjicitur) Unde,

Si purè stipulatio inita sit, tunc, statim *cedit*, & *venit dies*, id est, statim *debetur* & *exigi* potest confestim, quod promissum est, *l.* 213. *ff. de V. S.* quod ipsum tamen cum temperamento, & granô salis intelligendum est; creditor enim etiam non statim, cum sacco paratus venire debet, *l.* 105. *ff. de solut. Schneid. n.* 8. sed, miserationis causâ, promissori tempus aliud ad solvendum indulgetur. Quale autem tempus sit, in Jure expressum non est; adeòque arbitrio Judicis, secundùm personarum qualitates determinandum, relinquitur; quia omnia in legibus expressè non definita Judici determinanda, committuntur. *Manz. n.* 5. *hic.*

In *tribus* tamen *casibus* reperitur *Tempus*, à *Jure* expressum, *l.* in *Constituto*, ubi *debitor* ante 10. *dies* non potest conveniri, *l.* 21. *ff. de constit. pecun.* II. in *dote*, quæ *intra annum* est solvenda, *l.* 1. §. 7. *Cod. de rei uxor. act.* III. in *Re judicata*, quando quis per sententiam condemnatur, dilatio *quadrimestris* ad solvendum ei concessa est *Schneid. n.* 5.

Stipulatio

Stipulatio in diem dicitur, quæ differendæ solutionis gratiâ, diem habet adjectum, quo pecunia, vel alia res promissa solvatur, v. g. 10. *Aureos primis Calendis Martii dare spondes?* Hôc casu mox quidem cedit, sed non venit dies, id est, debetur quidem statim, peti tamen non potest, priusquàm totus ille dies elapsus sit.

Dices: Si juxta dicta mox nascatur *Obligatio*; ergò & *Actio*, qua peti potest: quia positâ *Causâ* necessariâ, statim ponitur *Effectus*. R. nasci quidem mox actionem, sed non exactionem; siquidem actio illa exceptione elidi potest, nimirùm hac: quod *plus tempore* petatur *Schamb. hic.*

§. At Si Ita. 3.

Pro *Intellectu* hujus §. tres casus principales notandi sunt. I. Est, quando sic
7 stipularis: 10. *Aureos annuos, quoad vivam dare spondes?* Et hic est propriè casus §. nostri. Sed, an talis stipulatio pura erit? *Dixeris*, quod *non*, quia diem, sive *tempus vitæ* habet adjectum. Verùm, ait hic Imperator, hanc *stipulationem* esse *puram*, & *perpetuam*. Pura quia ex ea stipulator confestim agere, adeòque decem initiò statim, cujuslibet anni petere potest, *l. 56. § 4 ff h. t.* Siquidem tempus hic non *differendæ*, sed potiùs *multiplicandæ* solutionis gratiâ, & sæpiùs *reiterandæ* puræ obligationis causâ adjicitur, *l. 10. & seqq. ff. eod.* Dixi: *initiò statim cujuslibet anni*. Ratio hujus est, quia tempus adjectum est in favorem *Creditoris*, non *Debitoris*; in ipsius ergò facultate depositum est, an sta tim petere velit? Nisi fructus singu lis annis de quodam fundo essent præ stan di, nam tunc expectandum est, donec f ructus ex fundo percipiantur, *l. 26. §. Pater ff. Quando dies leg. ced. Schneid. num. 1.*

Kees ad Institut.

Perpetua est ejusmodi stipulatio, qua in stricto Jure transitoria ad hæredes: transitoria autem ad hæredes ideò est, quia tempus (utpote *Facti*) non est modus tollendæ obligationis (utpote *Juris*) *l. 44. §. Placet ff. de O. & A.* Verùm, si hæredes stipulatoris à promissore 10. annuos, petant, eos, propter apposita verba, *quoad vivam*, per exceptionem repellit; tacitè etiam per illa verba, *quoad vivam*, conventum videtur, ne ultra vitam fieret præstatio. *Schamb. hic. Manz. n. 6.*

II. Casus est, quando sic stipularis, 10. *Aureos, quoad vivam, dare spondes?* Hôc casu pure obligatio consurgit, & stipulans tota 10. non annuatim præstanda, sed simul petere potest; quia pro tota vita unicâ tantùm 10. debentur, & non plura, *l. 56. §. 4 ff. h. t. Schneid. num. 2.* Et, licèt in stricto Jure hæc obligatio transeat ad hæredes; æquitate tamen conventionis propter apposita verba promissor hæredes stipulatoris per exceptionem repellit, *l. 44. § 1. ff. de O. & A. Schamb. hic.*

III. Casus est, quando quis stipulatur à Cajo Aureos annuos, non adjectô *quoad vivam*; tunc sine dubio non unico, sed singulis annis decem debentur, &, quia pura est obligatio, peti possunt ab initio anni, cùm tempus adjectum sit in favorem creditoris. *Schneid. n. 3.* Et hæc obligatio, quin transitoria sit ad hæredes, non ambigo, *l. 16. §. 1. ff. h. t.* quilibet enim, non tantùm sibi, sed etiam suis hæredibus paciscendo prospicere, intelligitur. *Accedit*, quòd ratio, propter quam exceptionem in primo, & secundo casu dedimus, hoc in casu cessat. *Schneid. num. 4. Harp. n. 8. Schamb. hic.*

Dices: si quis decem aureos annuos leget, legatum non transit ad hæredes,

sed morte legatarii exspirat, *d. l.* 16. §. 1. ergò in nostro casu dicendum. ℞. *Con. ant. neg. conseq.* Ratio *differentiæ* est, quòd testator tantùm voluerit bene facere personæ legatarii; in contractu autem non tantùm nobis, sed etiam hæredibus nostris prospiciamus.

§. Sub Conditione. 4.

8 Lubeat latiùs non nihil in hunc §. ob sui *Utilitatem*, excurrere, ac *Naturam conditionum* exactiùs perspicere.

Conditio est *Eventus quidam futurus, in quem Dispositio suspenditur.*

Conditio variè dividitur; quædam enim est *propria*, quædam *impropria*. Propria illa dicitur, cujus eventus est contingens. Impropria, quæ quidem *Figuram* & *Speciem* conditionis præ se fert; *Vim* tamen, ac *Potestatem* ejus non obtinet: qualis est illa, quæ *vel* in *præsens*, vel *præteritum* concipitur.

Conditio propria quædam est *necessaria*, quædam *impossibilis*, quædam *possibilis*.

Conditio necessaria est vel *certa omni certitudine*; vel *non est certa omni certitudine*. Prior est, quæ habet causam certam, & infallibilem, v. g. *si sol cras orietur*. Posterior est, quæ habet quidem causam certam, & infallibilem, sed tempus valde incertum, v. g. *si Cajus morietur.*

Conditio impossibilis est vel talis *naturâ* vel *Jure*. Naturâ talis est, cujus existentia naturæ repugnat, v. g. *si cælum digitò tetigeris.* Jure impossibilis est, cujus existentia honestati & bonis moribus adversatur. Veluti: *si Titium mactaveris dabo tibi* 10.

Conditio possibilis est, quæ habet se ad *utrumque*, quatenus *potest contingere*, vel *non potest contingere*. Hæc *triplex* est *potestativa*, *casualis* & *mixta*. Potestativa est, quæ pendet ex mera voluntate ejus, cui promittitur, veluti: *promitto tibi* 10. *si istud* vel *illud feceris*, puta, inimicum meum placaveris; est enim in tua potestate, & facultate, num illum placare velis?

Casualis est, quæ dependet ex casu, & fortuna, v. g. promitto tibi 10. *Si Imperator Turcam vicerit.*

Mixta est, quæ participat aliquid de potestativa, & conditionali, sive, quæ partim dependet ex tua voluntate, partim ex casu, veluti: *promitto tibi* 10. *si redieris ex Gallia.* Hæc conditio dependet partim à tua voluntate, partim à casu, & fortuna; quia multi casus accidere possunt, quo minùs, etiamsi velis, redire possis. Datur & alia conditio, quæ mixta vocatur, quæ partim ex tua, partim ex alterius voluntate pendet, v. g *spondeo tibi* 100 *si Titiam duxeris.* His præmissis,

Redeo ad Textum, & dico, quod *sub omni conditione stipulatio* fieri, & tam *affirmativè*, quàm *negativè* concipi possit. Affirmativè, veluti: *promitto tibi* 10. *si Cæsar hoc anno redierit in inferiorem Germaniam.* Negativè, veluti: *promitto tibi* 10. *si Cæsar hoc anno non redierit in inferiorem Germaniam.* Et, si stipulatio taliter contracta fuerit, tunc ante existentem conditionem neque cedit: neque venit dies, *l.* 213. *ff. de V. S.* sive (ut *Schneid.* loquitur) neque *Actio*, neque *Obligatio* nascitur. *Ratio*, quia, sub conditione promissa, non ante pariunt obligationem, quàm conditio extiterit. *d. l.* 213. &, quod est in conditione, non est in obligatione, *arg. l.* 8. *ff. si quis omiss. caus. test. Manz. n.* 5. *hic.* Quod *Dictum*,

Limitatur I. Nisi sit Conditio *impropria*; vel *necessaria*. Nam talis conditio impropria, quæ videlicet in præsens tempus, vel præteritum concipitur, veluti:

luti: *promitto tibi* 10. *si Cæsar hoc mense fuerit Augustæ*; vel *jam est Augustæ*: non suspendit obligationem, sed habetur pro pura, *l.* 37. *cum seqq. ff. si cert. petat.* Ratio, quia, quæ certa sunt, obligationem non morantur.

Idem ex eadem ratione dic de conditione necessaria; hæc etiam pro pura habetur, *l.* 9. §. *qui sub cond. ff. de novat. Schneid. n.* 13.

Limitatur II. Nisi sit *Conditio* impossibilis *Naturâ*, vel *Jure*; talis enim stipulationem vitiat, §. 11. *Inst. de inut. stipulat.* Ubi hujus rei rationem dabimus.

Dices: Conditio impossibilis non vitiat actum ultimæ voluntatis, sed habetur pro non adjecta, *l.* 1. & 6. *ff. de hæred. Inst.* ergò neque vitiabit actum inter vivos. ℞. *Conc. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quia testamentum ab uno; contractus à duobus celebratur. Si proinde in contractu adjecerint conditionem impossibilem, vitiatur contractus; sibi enim imputare debent contrahentes, quòd suo contractui legem clariorem non dixerint. Secùs est in ultima voluntate; ubi solus testator concurrit, qui, si conditionem impossibilem testamento adjecerit, hæredi nulla potest culpa imputari, proinde, ut voluntas sortiatur exitum, Jura talem conditionem pro non scripta reputant. *Harp.* §. 11. *Inst. de inut. stip. n.* 4. *Chling. hic. q.* 11. *object.* 1.

Ad ℣. Si Quis Ita.

Dictum suprà, conditionalem stipulationem posse etiam negativè concipi, sive sit conditio casualis, sive potestativa. Jam hic ponit Imperator Exemplum conditionis potestativæ, negativè conceptæ, puta, *si in Capitolium non ascendero*, 10. *dare spondes?* Et dicit, quòd perinde sit, ac si stipulatus fuero: *spondesne dare* 10. *cùm moriar?* Itaque ante mortem meam nihil à promissore peti potest; *Ratio*, quia in conditionali stipulatione non potest agi, priusquam conditio sit purificata: atqui ante mortem meam non potest purificari (quia nunquam certum, planumve fiet, me non ascensurum, nisi cùm moriar, si enim hodie non ascendere possum) ergò. *Schneid hoc. vers. n.* 1. *Manz. hic.* 10. Ex his

Colliges, quòd conditio potestativa, 9
negativè concepta, ante mortem nullam producat obligationem, neque actionem.

Dubitatur, an *Cautio Mutiana* in 10
contractibus locum habeat? Nota si alicui legatum sub conditione potestativa, negativè concepta relictum est, puta, *si Capitolium non ascenderit*: tunc legatarius per Fidejussorem cavere potest, se nunquam ascensurum; si verò ascenderit, se legatum, unà cum fructibus, restituturum. Et hanc cautionem hæres tenetur acceptare, legatumque legatario extradere. *l. Mutianæ.* 7. & *l.* 73. *ff. de condit. & demonstr.*

Jam *quæritur*: anne ista cautio habeat quoque locum in contractibus? ℞. *Negativam communem* esse. Ratio *diversitatis* hæc assignatur, quia in contractibus sibi imputare debet, qui conditionem hanc adjicere passus fuit. *Ludwel. inst. hic.* Aliam rationem differentiæ adornat *Brunn. in d. l. Mut.* 7. quia (inquit) in contractibus obligatio conditionalis ad hæredem transmittitur, non verò legata conditionalia, *l. un.* §. *fin. autem aliquid sub. condit. Cod. de caduc. tollend.*

Ad ℣. Ex Conditionali.

Dictum suprà, effectum stipulationis, sub conditione contractæ, esse, quòd, antequàm extet conditio, neque obligatio,

gatio, neque actio nascatur: tantùm spes sit, pendente conditione, debitum iri; sed

Jam *quæritur*: si stipulator decedat ante eventum conditionis, an transmittat illam spem ad hæredem? *Dixeris* quòd *non*, quia legatum legatariò ante eventum conditionis decedente, ad hæredes non transmittitur, *d. l. un.* §. *Sin autem* ergò nec debitum ex stipulatione.

Verùm, hôc non obstante, statuit *hic* Imperator, spem, debitum iri, in hæredes transmitti. *Ratio*, quia sæpè in Jure nostro spes fungitur locô rei, *l.* 8. *ff. de contrah. emp. & vend.* & quod est in *Spe*, perinde habetur, atque si esset in *Re*. Ratio alia, quia spes, debitum iri, vendi potest, ergò & transmitti. *Antecedens* patet ex *l.* 8. §. 1. *ff. de contrah. emp.* Ad rationem dubitandi ℞. *Con. ant. neg. conseq.* Differentiæ ratio est, quòd in stipulationibus, aliisque contractibus, contrahentes non tantùm sibi, sed & hæredibus suis prospicere velle, videantur, *l.* 9. *ff. de probat.* legata verò, ob meritum aliquod, obveniant. *l.* 9. *ff. pro socio.* Adeòque testator, legatario tantùm, non etiam hæredibus ejus consulere voluisse, existimandus est, *Ludwel. hic.*

§. Loca. 5.

Supra dictum est, stipulationem quamdam esse in diem: & in tali stipulatione in diem quandoque dies est expressa (de qua dictum) quandoque verò tacita (de qua hic) veluti, quando solutio collata est in certum quendam locum, ut: *promittisne, mihi dare* 10. *Norimbergæ.* Hoc casu tacitè inest tempus, quo commodè eò pervenire possis. Illud adhuc observa, si tempus, adeò angustum, stipulationi adjiciatur, ut impossibile sit, intra illud tempus illuc pervenire, quòd stipulatio nulla sit, & irritetur, veluti: *promitto, hodie Romæ dare* 100. quia impossibile est, uno die Viennâ Romam venire, impossibilis autem conditio omnes contractus vitiat, *l.* 31. *ff. de O. & A.*

§. Conditiones. 6.

Explicationem hujus §. ex jam *deductis* habes, ubi diximus: conditionem aliam esse propriam, aliam impropriam. De impropria id juris statuimus, quòd pro pura habeatur; quæ enim per rerum naturam certa sunt, obligationem non morantur.

§. Non Solum. Fin.

Quæritur in hoc §. quæ in stipulationem deducantur? ℞. non solùm *Res*, sed etiam *Facta* in stipulationem deduci: v. g. *promittis librum scribere? domum ædificare?* vel *alia negotia gerere?* vel *hoc*, vel *illud non facere*? Cæterùm, si stipulatio facti contracta fuerit, tunc consulit hic Imperator, stipulationi pœnam subjicere, in casum solvendam, quo factum non impleatur. Nam si promittens factum non præstet, tunc plerumque devenitur ad præstationem interesse, quod stipulator probare debet. Jam verò, cùm interesse consistat in facto, & difficilis plerumque sit probationis, ratione lucri cessantis, & damni emergentis: Ideò præscribit Imperator tale consilium, ut is, qui factum stipulatur adjiciat certam, & definitam aliquam pœnam, quæ in locum ejus, quod interest, succedat, v. g. in hunc modum: *promittisne, mihi ædificare domum? & nisi intra annum hoc feceris, promittisne, pœnæ nomine*, 100.? *Ratio* hujus consilii in textu hæc affertur, ne scilicet quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quòd ejus intersit,

interſit quaſi diceret Imperator, quia, ſi pœna non fuerit adjecta, æſtimatio facti incerta erit, quoniam facta ab aliis pluris, ab aliis minoris æſtimari ſolent. *Schneid. n.* 7.

Controvertitur, an is, qui Factum promiſit, id præciſe teneatur præſtare, ut, offerendo id, quod intereſt, non liberetur ℞. I. ex ſtipulatione *dandi* præciſe quis ad dandum obligari, & præſtando intereſſe, non liberari. Huic ſententiæ communi Harmoniâ D. D. accinunt, puta, *Gletle tr. de pact.* §. *n.* 22. *Harp. prin. In h. t. n.* 59. *Schamb.* & *Schneid. hic. Manz. n.* 4. *hic. Hunn. var. reſol. l.* 3. *tract.* 4. *quæſt.* 14.

Nititur hæc ſententia I. *l.* 75. §. *fin. ff. de V. O.* ubi dicitur, quod, datione fundi Tuſculani, in ſtipulationem deducti, ejus dominium omnino debeat in ſtipulationem transferri. *Ratio* hujus datur, quia ſtipulatori Jus, ad rem aliam dandam, quæſitum eſt; aliud autem pro alio invito creditori non obtruditur, *l.* 2. §. 1. *ff. de R. C.* ergò.

Nititur II. validò *text. l.* 35. §. *fin. Cod. de donat.* ubi dicitur, quòd promiſſionem factam neceſſarius traditionis effectus debeat ſubſequi, & donator neceſſitatem habeat omnimodè rem conventam tradendi.

Nititur III. hac inexpugnabili *ratione*, ſi ex ſtipulatione dandi quis non præciſe obligaretur ad dandum, tunc poſſet v. g. venditor rem uni venditam, licitè, ac ſine omni culpa alteri vendere: nam ſecunda venditio non eſſet contra Jus primi emptoris, utpote, qui non haberet venditorem, ad ipſam rem venditam tradendam, determinatè obligatum, adeòque, poſſet venditor utrique contractui ſatisfacere, ac primo quidem emptori intereſſe ſolvere, alteri verò ipſam rem tradere; ſed conſequens repugnat, *l.* 21. *ff. ad Leg. Cornel. de falſ.* de qua dicitur, quòd is, qui rem duobus in ſolidum vendit, pœnâ falſi ſit coercendus, ergò, &c.

℞. II. Non tantùm ex ſtipulatione *dandi* præciſe aliquem teneri ad *dandum*; ſed etiam ex ſtipulatione *faciendi* præciſe promiſſorem ad præſtationem *facti* teneri, & offerendo intereſſe, non liberari. Ita *Gletle loc. cit. n.* 23. *Schamb. hic P. Kœnig. de ſolut. n.* 19. *Diſſentit communis D. D. Schola. puta, Bach. ad Treutl. vol.* 1. *Diſp.* 28. *th.* 2. *lit. E. Fach. l.* 2. *c.* 30. *Harp. prin Inſt. de V. O. n.* 59. *Hunn. var. reſol. l.* 3. *tr.* 4. *Quæſt.* 13.

Noſtra Sententia fulcitur I. *Argumentò*, qui *Factum* promittit, obligat ſe ad ejus præſtationem: ſed, ad quod quis ſe obligat id præciſe tenetur præſtare, *l.* 1. *ff. de conſtit.* pecun. ergò qui *Factum* promittit, tenetur id præciſe præſtare.

II. *Argumentum* ſic adorno, qui init *Sponſalia*, tenetur præciſe *Matrimonium* contrahere; nec eſt in arbitrio debitoris, offerendo id, quod intereſt, à contractu matrimoniali ſe liberare: atqui contractus matrimonialis eſt ſimplex factum; ergò falſum eſt, eum, qui factum promiſit, ſatisfacere, ſi offerat id, quod intereſt. Item, qui matrimonium contraxit, tenetur omnimode parti cohabitare, ita, ut non audiatur, ſi id, quod intereſt, velit ſolvere; & tamen certum eſt, quòd cohabitatio ſit factum ſimplex; ergò falſum eſt, eum, qui factum ſimplex promiſit, poſſe ſe à contracta obligatione liberare, ſi offerat id, quod intereſt.

III. Sic *dico*: in obligationibus *dandi*, non poteſt aliud pro alio creditori invito obtrudi; ſed præciſe quis tenetur ad dandum, ideò videlicet, quia ipſi ad

ad rem promissam Jus quæsitum est; ergò etiam in obligationibus *faciendi* aliud pro alio invito creditori obtrudi non poterit; cùm æquè sit ipsi Jus quæsitum.

Obj I. Eum, qui factum promittit, non obligare se *determinatè* ad ejus præstationem; sed *alternativè*, ac *disjunctivè*; puta, vel ad præstationem *Facti*, vel *Interesse*: atqui in obligatione alternativa non *Stipulatoris*, *Creditoris*, aut *Actoris*: sed *Debitoris* & *Rei* est *Electio*, quodnam ex illis præstare velit, *l.* 10. §. *fin. ff. de eo, quod cert. locò l. pen. Cod. de condict. indeb.* ergò, si promissor factum præstare nolit; offerendo interesse, se liberare poterit.

℟. *Neg. maj.* qui enim factum (v. g. *Imaginem pingere*) promittit, is promittit *simpliciter* & *determinatè*, non *alternative*, vel pingere imaginem, vel præstare interesse. *Accedit*, quod alternativam obligationem debuisset exprimere, si simpliciter se obligare non voluisset.

Dices: Promissorem facti implicitè retinere ipsam conditionem: *volo*, *ad præstationem facti*, *esse obligatus*; *nisi malim id quod interest*, *solvere*. Sed *contra* est I, quòd conditio, in mente retenta, nihil operetur, *l.* 7. *ff. de condict. ob caus. dat.* *Contra* est II. quòd tacitæ conditiones sine expressâ Legis dispositione non sint temere adstruendæ; nulla autem est *Lex*, nulla *Constitutio* assignabilis, ex qua cum fundamento possit deduci, quòd, qui factum simplex promittit, censeri debeat, potestatem sibi reservasse, solvendi id, quod interest. *Glettle loc. cit.*

Obj. II. ad factum nemo potest cogi, cùm enim facta membrorum, corporisque operâ perficiantur, nullâ rati one possint ab invito extorqueri; ergò liberatur promissor, præstando interesse.

℟. I. ex *Schamb. conc. ant. neg. conseq.* inde non sequitur, quòd physice compelli nequeat, eum liberari præstando interesse; potest enim creditor dicere: malo, ut perpetuò obligatus maneas, quàm, ut interesse suscipiam.

℟. II. Quòd contractus matrimonialis, & individua vitæ consuetudo etiam non possint ab invito obtineri; & tamen, qui ad memorata facta se obligavit, tenetur ea præcisè præstare; ergò ex eo, quòd factum aliquod nequeat ab invito obtineri, non sequitur, id promissum non esse præcisè præstandum. *Deinde*, etiam rei promissæ traditio nequit citra violentam impressionem à reluctante haberi, & tamen *plerique Adversarii* (imò ferè *omnes*) nobiscum *sentiunt*, quòd ad *Dationem*, sive ad *Traditionem* debitor præcisè sit obligatus; ergò lubricum est fundamentum, cui adversarii innituntur.

Accedit denique, quòd Reverentia, parentibus debita, Gratitudo, aliive similes virtutum actus ab invitis nequeunt obtineri; & tamen cadunt sub obligationem: ergò ex eo, quòd factum simplex ab invito non sit obtinibile, minùs rectè infertur, id, quod in contractum deductum, non esse determinatè præstandum.

Obj. III. *l.* 72. *ff. de V. O.* illic in hæc verba rescribitur; *ubi*, *quid fieri stipulemur*, *si non fuerit factum*, *pecuniam dare oportet*.

℞. *Textum* hunc loqui (& alios similes) de eo casu, quo implementum facti vel est impossibile, vel creditor ipse elegit interesse præ facto, propter moram promissoris, *Glettle loc. cit.*

TITULUS

TITULUS XVII.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

SUMMARIA.

1 *Reus stipulandi, & Reus promittendi quinam dicantur?*
2 3 & 4 *Enumerantur requisita ad hoc ut plures rei debendi, & stipulandi constituantur.*
5 *Duo rei debendi, ambo in solidum obligantur.*
6 *An habeant beneficium divisionis?*

CONTINUATIO.

HActenus *dictum* est de *Stipulationibus*, quæ inter *Singulos* (non *Plures*) contrahuntur: verùm, cùm sæpè *duæ, pluresve personæ* intervenire soleant; tam à parte *stipulantium*, quàm *promittentium*, ut unus pluribus in solidum *obligetur*; & contra plures uni in solidum *teneantur*: ideò hunc *Titulum* de *Cor-Reis* subjicit *Imperator*.

AD PRINCIPIUM.

1 PRo *difficilis* hujus *Materiæ* lucidiore *Cognitione*,

Observa I. Reos *stipulandi* dici illos, quibus eadem res in solidum debetur. Reos verò *promittendi* nuncupari illos, qui eandem rem singuli in solidum debent, *Zoës. ff. h. t. n. 2.*

Observa II. Non tantùm ex stipulatione, sed etiam in aliis contractibus (puta, *Emptione, Locatione, Deposito*; item & in *ultimis voluntatibus*) duos, vel plures Reos debendi constitui posse: cum hac tamen differentia, ut illi, quibus ex stipulatione aliquid debetur, *Rei stipulandi*, & qui debent, *Rei promittendi*; contra verò, cui ex alio contractu debetur, *Rei credendi*, dicantur *Harp. n. 3.*

Porrò, ad hoc, ut plures Rei *debendi* & *stipulandi* dicantur,

Requiritur I. ut *Rei stipulandi* stipulentur *eandem rem*, & *quantitatem pecuniæ*: & *Rei debendi* promittant, & obligent se ad eandem rem, vel quantitatem pecuniæ. Hinc, si ego à Titio stipuler 10. tu verò stipuleris ab eo *Equum*, vel alia 10. non dicimur duo Rei stipulandi. Et econtra, si *Titius* mihi promitteret *centum*, & *Cajus* promitteret mihi *Vinum*, vel alia centum, non eadem, quæ à Titio stipulatus sum; Cajus, & Filius non diceretur Cor-Rei debendi. *Ratio*, quia natura hujus contractûs est, ut illud idem in obligationem deducatur, & diversitas rei debitæ vitiat constitutionem duorum Reorum, *l. 35. ff. h. t.* 2

Requiritur II. Ut ex *una*, *eademque causa* fiat & *Stipulatio*, & *Promissio* à pluribus; nam & diversitas causæ, in obligationem deductæ, duorum Reorum constitutionem vitiat. Unde, si ego stipulor à Titio 10. ex causa *Mutui*, tu verò stipularis ab eo decem ex causa *Emptionis*: non sumus Cor-Rei stipulandi. Sicut nec Cajus, promittens mihi decem ex causa mutui, & Titius alia decem ex causa emptionis, Cor-Rei debendi dicuntur. 3

III. *Requiritur*, ut quilibet *in solidum* promittat; hæc enim est principalis substantia, & natura duorum Reorum debendi, ut quilibet in solidum sit obligatus; aliàs, si quilibet pro parte tantùm se obligaret, diceretur separatim debitor suæ portionis *l. 2. ff. eod.* 4

IV. *Requiri-*

IV. *Requiritur*, ut quilibet eorum principaliter ſit obligatus; ſecus, ſi unus principaliter,alter verò ſe acceſſoriè obligaret. Nam tunc non eſſent Cor-Rei debendi;ſed unus diceretur principalis debitor, alter verò, qui acceſſoriè ſe obligavit, Fidejuſſor. *Schneid. Inſt. hic.*

His ita *præcognitis* videamus, *quomodo*, & *quibus verbis* conſtituantur duo Rei *ſtipulandi*;&duo Rei *promittendi*

Duo Rei ſtipulandi conſtituuntur hôc modô: ſi Titius interroget Sempronium, promittiſne, mihi dare fundum Tuſculanum? Et deinde ex modico intervallo, priuſquàm Sempronius reſpondeat, Cajus eum ſimiliter interroget, dicendo? Semproni, eundem fundum Tuſculanum & mihi dare ſpondeas ſi poſteà Sempronius reſpondeat, dicatque: Utrique veſtrum dare promitto; non eſt dubium, in hoc caſu conſtitui duosReos ſtipulandi. Illud autem *nota*, ut duo Rei ſtipulandi fiant, non debere Sempronium Titio particulariter, & Cajo particulariter reſpondere (tunc enim eſſent diverſæ *Stipulationes*) ſed debere,duas interrogationes præcedere, & unam tantùm reſponſionem ſequi. *Manz. n.* 10. DuoRei promittendi conſtituuntur hôc modô: *Mævi*, *decem aureos dare ſpondes*? & *Sei*, *eoſdem decem dare ſpondes*? Si ſinguli ſeparatim reſpondeant, *ſpondeo*; vel ſimul reſpondeant, *ſpondemus*: non eſt dubium, quin hôc caſu conſtituantur duo Rei promittendi; quia duo eandem rem, & quantitatem in ſolidum debent. *Manz. n.* 19. *h. t.*

Hodie, ſublatâ hâc verborum ſolennitate, his potiſſimum verbis duo Rei debendi conſtituuntur: *ſammentlich und ſonderlich*, *Einer für alle*, *und alle für Einen,mit ungeſcheidener Hand.Manz. n.* 30. *hic.*

§. Ex Hujusmodi 1.

Effectus hujusmodi ſtipulationum eſt, quòd una ſit obligatio in ſolidum, licèt plures ſint obligati, vel plures Creditores. Unde, uno ex debitoribus, ſeu CorReis promittendi ſolvente,perit obligatio, & reliqui liberantur. Sicut è contra ſi uni ex Cor Reis ſtipulandi ſolvatur, reliqui, quod prætendant à debitore non habent. 5

Illud certùm eſt, quòd ſi plures ſint Cor-Rei, quem ego velim, convenire poſſim, *l.* 2. *Cod. h. t.* ſed

Quæres, an Cor-Reis non ſit ſalvum Beneficium *Diviſionis*, ſicut fidejuſſoribus? ℞. Inſpectô Jure *Digeſtorum*, *l.* 2. & *l.* 11. *ff. h. t.* & Jure *Codicis l.* 2. *Cod. eod.* quòd *non* Jure verò *noviſſimò* ſecùs eſſe, quò inſpectô, hoc beneficiumCorReis debendi competit, *Nov.* 89 *cap.* 1. & *auth. Hoc. ita Cod. h. t.* & hanc ſententiam communi uſu forenſi receptam eſſe, teſtes ſunt *Gail.* 2. *obſerv.* 14. *Carpzov. Jur. for. part.* 2. *conſt.* 17. *definit.* 14. 6

§. Ex Duobus Fin.

In *hoc* §. *quæritur*, an ex duobus Reis promittendi, alius *pure*, alius in *diem*, vel ſub *conditione* obligari poſſit? videtur, quòd *non*: quia diverſitas cauſæ, & quantitatis, vitiat duorum Reorum conſtitutionem, ergò etiam diverſitas temporis, ſive conditionis adjectæ.

Verùm, hoc non obſtante, ℞. *Imper.* quòd Rei promittendi benè ſic fieri poſſint,ut unus pure, alter in diem, vel ſub conditione obligetur. *Ratio*, quia iſta diſparitas ad paritatem reduci poteſt, cùm qualitatis, diſparem obligationem non faciat.

Ad

Ad rationem dubitandi R. in priori casu identitatem rei, & causæ esse de Substantia constitutionis duorum reorum, ergò diversitas causæ hoc ipso constitutionem vitiat; tempus autem adjectum tantùm est accidens quoddam stipulationis; accidens autem non mutat rei substantiam. *Manz. n.* 8.

Dicta eatenus procedunt, ut in casu, quo unus purè, alter in diem, vel sub conditione promisit, à priori statim possit exigi, quia statim debetur; secùs à posteriori, *text. hic.*

TITULUS XVIII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

SUMMARIA.

1 *Servus ex persona Domini rectè stipulatur.*
2 *Etiamsi sit hæreditarius.*
3 *Quidquid autem per stipulationem acquirit, non sibi, sed domino acquirit.*
4 *Filius-fam. acquirit patri.*
5 *Servus communis, cui acquirat?*

AD PRINCIPIUM.

1 QUæritur in hoc §. an *Servi Stipulari* possint? *Videtur*, quòd *non*, quia stipulatio est *contractus Juris civilis*; servi autem de Jure civili habentur pro mortuis, *l.* 32. *ff. de R. J.* seu, quia stipulatio fit per verba; sicut ergò naturaliter, mortuus non potest loqui naturaliter, ita civiliter mortuus non potest loqui civiliter.

Hoc tamen non obstante, *deciditur* hic, quòd servus Jus stipulandi habeat, non quidem ex *Persona sua*, sed *Domini* sui; sicuti enim vox Filii vox Patris, ita vox *Servi*, vox *Domini* intelligitur, arg. §. 4. *Inst. de inut. Stipulat. Manz. n.* 4. Dixi, *Jus stipulandi*; Jus enim *promittendi* servus non habet. Unde promittendo nec servus, nec dominus obligatur. Non servus, quia stipulatio est Juris civilis, cujus incapax est, *d. l.* 32. Non dominus, quia res nostra per servos melior fieri potest, deterior non etiam, *l.* 133. *ff. de R. J. Harp. n.* 7. *hic.*

§. AD VERS. SED ET HÆREDITAS.

Quæritur ex priori *Decisione*, qua statuitur, quòd servus ex persona Domini stipulari possit; an etiam servus hæreditarius, sive servus jacentis hæreditatis stipulari possit? 2

Dixeris quòd *non*. Ratio, quia servus stipulari non potest, nisi servus ex persona domini, atqui ex persona domini stipulari non potest, quia dominus mortuus est; ergò, &c.

Sed *contrarium* hic *deciditur*. Ratio, quia hæreditas jacens in plerisque defuncti vicem sustinet *text. hic.* & in *l.* 36. *ff. de A. R. D.* Hinc talis servus, quidquid stipulatur, acquirit hæreditati jacenti, per consequens futuro posteà hæredi.

Dixi: *in plerisque* quia in iis, quæ sine vera persona esse nequeunt, & in quibus vivens persona requiritur, hæreditas jacens defuncti personam non repræsentat. Sic servus hæreditatis jacentis hæreditatem adire non potest; requiritur enim jussus domini, §. 3. *Inst. per quas personas cuique acquir.* Nec rectè servus

servus hæreditarius usumfructum stipulabitur, cùm uti servitute non possit, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l.* 63. *ff. de A. R. D. Schamb. hic.* Sic quoque hæreditati jacenti furtum fieri non dicitur, *l.* 1. §. *Scævola ff. si is, qui, testamentò liber esse, jussus erit. &c.* Siquidem furtum requirit personam veram, cui fiat, cùm invito domino fieri debeat, §. 6. *infrà de oblig. quæ ex delict. nasc. l.* 40. *de Furt. Harp. n.* 10. dicitur tamen, fieri aliud crimen, nimirùm expilatæ hæreditatis, *tot. tit. ff. de crim. expilat. hæred. Manz. n.* 16.

§. Sive Autem. 1.

3 *Quæritur* hic, cui servus stipulando acquirat; & R. quòd acquirat suo domino, quandocunque stipuletur, puta, sive domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter. Adeoque, sive ita dicat: *dabisne mihi* 10. sive *dabisne domino meo?* sive: *dabisne conservo meo?* sive impersonaliter, id est, dabisne 10. semper, & perpetuò manet regula: *servus quidquid acquirit, domino acquirit.* Ratio jam trita est, quia ipse servus, cùm in potestate alterius sit, nihil suum habere potest, §, 3. *Inst. per quas pers. cuique acquir. l.* 118. *ff. de R. J.*

Ad vers. Idem Juris.

4 Quod Juris *Imperator* statuit in *Servo* respectu *Domini*: idem Juris esse (ait) in *Filio fam.* respectu *Patris*; ut nimirum & iste, quidquid acquirit, patri acquirat. Quod procedit in *Peculio* duntaxat *profectitio*, & *adventitio*; quoad Usum-fructum. In *castrensi*, & *quasi tali* (cum pro *Patrefam.* habeatur) patri non acquirit. *Manz. n.* 11.

§. Sed, Cum Factum 2.

Quamvis dictum sit, quòd servus, quidquid acquirit acquirat domino; id tamen *fallit*, si servus aliquod *Factum* stipuletur, quod factum. *Personam* ipsius servi tantùm respicit, v. gr. *ut sibi liceat ire, vel ambulare per fundum vicini.* Nam hoc in casu *Jus eundi* servus tantùm *sibi*, non *Domino* acquirit; ita, ut Dominus vi istius stipulationis ire non possit. *Ratio* est, quia facta personalia ad alios transire non possunt, &, quæ facti sunt, non acquiruntur domino. *l.* 44. *ff. de condit. & Manz. num.* 2. *Ratio rationis*, quia facta naturaliter sunt, quorum servus capax est. *Harp. n.* 2.

Sanè, licèt dominus non acquirat *factum* per suum servum, acquirit tamen *Jus*, ut per servum eat, hoc est, potest mittere, & jubere, servum ire per fundum. Sic etiam, si servus itinere impediatur, Actio, quæ est *Juris*, cujus servus capax non est, non *Servo*, sed *Domino* competit contra impedientem. *Schamb. hic.*

§. Servus Fin.

Servus *communis* (id est, qui duorum, aut plurium est dominorum) dominis suis non in solidum, neque pro virilibus, & æqualibus partibus; sed proportione dominica (hoc est, quantum quisque eorum Juris in servum habet) stipulando regulariter acquirit, *l. Servus* 5. *ff. hoc. tit.* At, rem exemplò accipe: *Ego, & tu emimus servum communem* 30. *fl. quorum ego* 20. *tu* 10. *exposuisti.* Ego Itaque *duas portiones* habeo in servo, tu *tertiam.* Jam, si servus stipuletur 300. fl. non acquirentur tibi 150. (id est, portio *virilis*, sive *æqualis*) sed 100. duntaxat; mihi verò reliqui 200. *Ratio* est, quia is, qui, 5

plus

plus in *Societatem* contulit, *plus Lucri* ut ferat, æquum est, *l. 29. ff. pro Socio Harp. n. 2.* sed melior mihi videtur hæc ratio, quia causa *Acquisitionis* est *Dominium*, ergò pro qua parte servus illi acquirit, ut causatum respondeat suæ causæ. *Manz. n. 4. hic.*

Sed *Regulæ*, & *Decisionis* nostræ *Imperator* in *hoc §. tres* ponit *Exceptiones*.

Prima est, si servus Jussu unius tantùm domini stipuletur, tunc enim soli *jubenti* acquiritur: *Ratio* quia hic intercedit factum duntaxat unius; factum autem cuique suum (non alteri) nocere, vel prodesse debet. *Manz. n. 6.*

Secunda est, si servus communis nominatim, & expresè uni ex dominis tantùm stipuletur; actus enim agentis non operatur ultra intentionem ejus.

Tertia est, si servus rem talem simpliciter stipuletur, quæ alteri ex dominis acquiri non possit; veluti si domum, quæ jam est alterius dominorum, alteri stipuletur, quia, quod semel meum est ampliùs meum fieri non potest, *Harp. n. 5. hic.*

TITULUS XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

SUMMARIA.

1 *Stipulationes aliæ sunt judiciales, aliæ civiles, aliæ Prætoriæ, aliæ communes.*

2. 3. 4. & 5. *Explicatur, quid quævis sit.*

1 Recensetur hôc titulô *Divisio Stipulationum*, quæ *quadrimembris*, puta, quòd aliæ *Judiciales*, aliæ *prætoriæ*, aliæ *conventionales*, aliæ *communes* (id est; tam *Prætoriæ*, quàm *Judiciales*) sint.

§. Judiciales. 1.

2 Judiciales sunt, quæ à mero Judicis officio proficiscuntur, hoc est quarum Author est Judex à Prætore datus; non verò Prætor ipse, non partes, inter se litigantes (v. g. *Cautio* de *Dolo*) et judicialis stipulatio: etenim illa plerumque in judiciis, jubente Judice, præstari solet: ut si Sempronius rem à fure, aut quovis alio vindicet, & metuat, ne, pendente Judiciô, res à fure corrumpatur, reus cavere de dolo absfuturo in re restituenda per Judicem cogitur, *l. 10. l. 45. ff de R. V.* Sicque Judicialis est stipulatio *cautio* de *persequendo servo*, *qui in fuga est*. Hanc siquidem cautionem sæpe Judex interponi curat, veluti si legatarius servum sibi legatum, ab hærede petat, hæresque eum in sua potestate esse, ut, quia sit in fuga, neget, hæres à Judice, servum suis sumptibus requirere, & legatario restituere, aut pretium ejus præstare jubetur. *Harp. num 3. hic.*

§. Prætoriæ. 2.

Prætoriæ sunt, quæ à *mero*, seu *solo Prætoris officio* proficiscuntur; sive quæ ex *Edicto prætoris* interponi jubentur, 3 seu (ut ait *Manz.*) quæ extra formam Judicii nobili prætoris officiò in genere præstari jubentur, &, quando Judex præcisè ex hac causa aditur, ut tales cautiones interponantur, v. g. si vicini ædes ruinam minentur, tenetur vicinus præstare *cautionem* de *damno infecto*, quam cautionem prætor sub hac forma

 proposuit

proposuit; *quod mihi ex domo tua damnum accidere potest, dare spondes? l. 7. ff. de Damn. infect.* Quòd si alter cavere nolit, *Prætor* mittit in *possessionem bonorum* postulantem ex *primo Decreto*, cujus *finis* est, ut vicino per talem *custodiam*, tædio affecto, extorqueatur *Cautio*. Quòd si adhuc vicinus necdum cavere velit, permittit *Prætor* ex *secundo Decreto*, ut vicini ædes possideantur ab eo, qui sibi cautum voluit, expellendo vicinum de possessione, *l. 22. §. 20. ff. de dam. infect.*

Alia *Stipulatio prætoria* est, si alicui *Legatum* vel *Fidei-commissum* in *diem*, vel sub *conditione* relictum sit; tunc enim (quoniam formido subest, ne hæres medió tempore legatum dissipet, & ad inopiam deveniat) Prætor jubet hæredem repromittere; sive cavere, se legatum soluturum, cùm dies venerit, aut conditio extiterit. *Manz. n. 6.* Ad *stipulationes prætorias* referuntur *Ædilitia*, talis est stipulatio *simpla*, vel *dupla* in casum evictionis, *l. 56. ff. de Evict.* Item, dum venditor de vitio, quod rei venditæ adesse timetur, *cavere* debet, *l. 1. §. 1. ff. de Ædilit. Edict. Schamb. hic.*

§. Conventionales. 3.

4 *Conventionales* dicuntur *Stipulationes*, quæ ex *Conventione Partium*, quarum *Res* & *Negotium* agitur, interponuntur, & harum Stipulationum tot ponunt esse *Genera*, quot sunt *Contractus*; cùm omnibus contractibus, ad corroborandos eos, Stipulatio adjici possit. *Schneid. num. 9.*

§. Communes. Fin.

5 *Communes* Stipulationes sunt, quæ jubente Prætore, extra judicium, & interdum officiò Judicis in judicio proponuntur, ut *Cautio*, *rem Pupilli salvam fore* quam præstat *Tutor*. Et *Cautio de rato*, quam præstat quicumque nomine alieno agit. *Perez hic.*

TITULUS XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *An valeat stipulatio rei, quæ non est in rerum natura?*

2 *Res sacra in stipulationem non rectè deducitur.*

3 *An res propria rectè in stipulationem deducatur?*

4 *Stipulatio, qua quis promittit, alterum daturum, an valeat?*

5 *Stipulatio, alteri per alterum facta, non tenet.*

6 *Solutio in personam alterius rectè confertur.*

7 *Stipulatio, ex una parte purè & ex altera conditionate facta, non tenet.*

8 *Inter patrem, & filium, servum & Dominum non valet stipulatio.*

9. *Mutus, & surdus non rectè stipulatur.*

10 *Nec furiosus.*

11 *Pupillus, sibi aliquid dari, rectè stipulatur.*

12 *Stipulatio an vitiatur per conditionem impossibilem?*

13 *An rectè fiat inter absentes?*

14 *Stipulatio, præpostere concepta, an valeat?*

15 *An*

15 *An præsumatur, præcessisse interrogatio, si in instrumento fiat mentio promissionis?*
16 *Simpliciter promittens, præsumitur omnia promisisse, de quibus interrogatus est.*
17 *Si quis alteri stipulari velit, consultum est, ut pœnam adjiciat.*
18 *An stipulatio conditionalis transeat ad hæredes?*
19 *Si quis promittat, se hoc annô daturum, quando teneatur dare?*

CONNEXIO.

HUcusque *quid*, & *quotuplex* sit *Stipulatio*? & qua forma *valide*, atque *utiliter* fiat? Sequitur, quomodo *inutiliter* contrahatur? idque ideò ut *Contraria juxta se posita magis elucescant.*

AD PRINCIPIUM.

Hic traditur *universalis regula* de materia Stipulationum, qua statuitur, quòd omnes res, quæ *Dominio* nostro subjici possunt, in *Stipulationem* deduci possint, *mobiles* illæ sint, sive *immobiles*.

§. AT SI. I.

1 IN hoc §. *prima exceptio* ponitur; nam, si quis rem stipuletur, quæ in rerum natura non est (ut *homo mortuus*, vel *res extincta*) nec esse potest (ut *hippocentaurus*, *phynex*, *pegasus*, *chimæra*, &c.) Stipulatio inutilis est, *text. hic*, & *l.* 1. §. 9. *ff. de O. & A.* Quia impossibilium nulla est obligatio, *l.* 185. *ff. de R. J.* adeò, ut nec debeatur æstimatio, *l.* 39. §. *ult. ff. de legat.* 1. & §. 4. *Instit. hic.* Estque *Ratio*, quia ubi res ipsa omnino non debetur, ibi nec ejus æstimatio præstanda, *dd. text. Harp. n.* 6.

Dixi, *nec esse potest*; res enim, quæ, licèt in rerum natura non sit, si tamen esse possit, in stipulationem rectè deducitur. Sic id, quod in *utero* est, aut *fructus futuri*, Stipulationis *Objectum* ponere, dubium non est, *l.* 73. *ff. de V. O.* quod enim in *spe* est, perinde habetur, atque si esset in *re*, *l.* 8. *ff. de contrah. empt. Manz. n.* 3.

§. IDEM JURIS. 2.

Sicuti res, quæ in rerum natura esse 2 non potest, ita nec res *Sacra*, *religiosa*, *publica*, & *liber homo* in stipulationem deduci possunt, cùm, dominio nostro subjici, & proprietatis Jure nobis acquiri non possint. Et hoc adeò procedit, ut stipulatio non convalescat; licèt res sacra, vel religiosa, talis esse desinat, & fiat profana, *l.* 83. §. 5. *ff. de V. O.* estque *Ratio*, quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit, *l.* 1. *ff. de Reg. Catoni l.* 29. *ff. de R. J.* Item stipulatio rei sacræ, religiosæ &c. sub conditione, *si profana erit*, &c. non valet, *d. l.* 83. §. *sacram* 5. casum enim talem, seu adversam hominis liberi fortunam sperare neque civile, neque naturale est, *l.* 34. §. *omnium* 1. *ff. de con. trah. empt. Schneid. n.* 3.

Sanè res propria, licet in stipulationem 3 pure deduci nequeat, quia, quod meum est, meum ampliùs fieri non potest, §. 10. *Inst. de legat.* & §. 14. *de act.* potest tamen res propria sub conditione, *si mea esse desierit*, in stipulationem deduci, *l.* 31. *ff. de V. O. l. existimo* 6. §. 1. *ff. de contrah. empt.* Estque *Ratio differentiæ*, quia nulla hic versatur turpitudo, aut mali omnis nota; & illa, quæ naturâ suâ dominio nostro sunt exempta, in obligationem deduci nullô modô possunt, sicuti sunt res *sacræ*, & *religiosæ*, &c. aliud est de rebus propriis, quæ, licèt hic, & nunc domino non acquirantur ex natura sua tamen dominium non respuunt, *Schamb. hic.*

Dices: res sacra, religiosa, &c. potest bonâ fide *emi*, & *vendi*, ita ut *emptio* & *venditio* subsistat: modò bona fides adsit, *l.* 4. 5. & 6. *ff. de contrah. empt.* ergò & poterit in stipulationem trahi. ℞. *Con. ant. negando consequentiam*, quia in *Stipulatione* id agitur, ut *dominium* omnino transferatur, *l.* 57. *§. ult. ff. de V. O.* in *Emptione* non item. Neque enim venditor cogitur dare, aut emptorem facere dominum, sed tantum rem *tradere*, & *evictionem* præstare, *l.* 4. *ff. de contrab. empt.* atqui liber homo, res sacra, &c. in *Dominiò* esse non possunt; *haberi* autem, & *possideri* possunt. *Ratio* porrò, cur liberi hominis, rei Sacræ, vel publicæ venditio in Jure subsistat, si emptor ignoret, hæc esse videtur, ne scilicet libertas commerciorum impediatur, *arg. l.* 44. *ff. de usurp.* & *usucap. Harp. n.* 9. *hic.*

§. Si Quis Alium. 3.

4 Inutilis est etiam stipulatio, si quis promiserit, alterum daturum, aut facturum, *text. hic*, & in *l.* 83. *ff. de V. O.* Ratio, quia nemo ex alterius contractu obligatur, *l. pen.* & *tot. tit. Cod. ne uxor. pro Marit.* & res inter alios acta, aliis præjudicare non debet, *l.* 63. *ff. de re jud.* Ratio quoad promittentem, quia impossibilium nulla est obligatio; respectu autem promittentis censetur factum alienum impossibile, quia tertius cogi non potest, ut præstet id, quod inter me, & te actum est, quia nemo potest necessitare membra aliena. *Manz. num.* 3.

Et hoc procedit adeò, ut promissor facti alieni ne quidem teneatur curare, ut tertius *det*, vel *faciat*, quia peccatum est in formâ contractûs; formâ autem neglectâ quidquid agitur, inutile est, *l.* 1. *Cod. de præd. decur.*

Fallit prædicta regula I. in promittente factum alienum sub pæna; tunc enim promissor, non quidem ratione *facti*, sed *pœnæ*, obligatur. Unde pro consilio cape, quòd semper pæna adjiciatur, sic enim Promissor facti alieni, licèt non ad factum; tamen obligatur ad pœnam *Schneid. n.* 7.

Fallit II. in promittente factum sui hæredis, *l.* 38. *ff. de V. O.* censetur enim suum factum promisisse, cùm una, eademque persona hæres, & defunctus censeatur. *Novell.* 84.

Fallit III. si quis promiserit, se effecturum, aut curaturum, ut *det* tertius, vel *faciat*; quia hoc in casu non *alienum*, sed *suum* factum promittit. Et hoc in casu tantam adhibere diligentiam tenetur, quantam potest; hoc si fecit, liberatur. *Manz. n.* 9. *plures fallentias vide apud Schneid.* & *Schamb.* omnes enim apponere, prohibet *Instituti Ratio.*

§. Si Quis Alii. 4.

Quemadmodum quis factum alterius promittere non potest, ut alter obligetur, ita nec quis alteri, sed sibi tantùm, ve Juri suo subjecto rectè stipulatur, alteri enim per alterum non quæritur obligatio, *l.* 1. *Cod. per quas pers. cuique acquir.* & stipulationes adinventæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod suâ interest. §. 18. *infrà h. t.* Dixi: *vel Juri suo subjecto. Falli* enim I. Si *Pater fam.* vel *Dominus servo*, aut, vice versâ, stipulatus sit; quia habentur pro una persona, & vox patris est vox filii, & è contra. *Fallit. II.* si promittens, alteri dare, *Juramentò* promittat; omne enim Juramentum, quod absque interitu salutis æternæ servari potest, servandum est, *cap. cùm contingat.* 28. X. *de Jure Jur. Fallit* III. si quis *piis locis*, & *pau-* 5

peribus

pluribus ſtipuletur, veluti: *dabis in Klagbaum* 100. *l. illud Cod. de SS. Eccleſ. hic. n.* 5.

AD VERS. PLANE SOLUTIO.

6 Quamvis alteri quis ſtipulari non poſſit: poteſt tamen ſolutio in perſonam alterius conferri; ſive perſona ſolutioni adjici, ita, ut, ſi promiſſor huic ſolvat, is liberetur, v. g. hôc modô: *mihi, aut Titio centum dare, ſpondes?* ſtipulatio utilis eſt, habetque illum effectum, ut promiſſor Titio ſolvere poſſit, eique ſolvendo liberetur Hoc tamen verum eſt, quòd in tali caſu promiſſor mihi ſoli obligetur, nec ulla obligatio, aut *Actio* Titio acquiratur, utpote cujus perſona, ſolutionis tantùm cauſa, adjecta eſt. *Ratio* autem, quare Titio nulla Obligatio, aut Actio quæritur, eſt regula univerſalis, quod alteri per alterum non quæratur obligatio, aut actio. *Manz. n.* 4. Ne tamen perſona Titii fruſtra adjecta ſit, & actus ſemper interpretari debeat, ne ſit fruſtraneus, & ut valeat potiùs, quàm pereat, ideò Titio rectè ſolvitur, etiam, me invitò, & reluctante: ratio, quia ſolutio, ſive datio eſt alternativa; in alternativis autem electio eſt debitoris, *l.* 10. *Cod. de Condict. indeb.* cui liberum proinde, cui velit ſolvere. *Ratio* denique, cur ſolutio in extraneam perſonam (puta, in *Titium*, vel *Sejum*) conferri poſſit, obligatio non item, hæc aſſignatur, quia *Obligatio* eſt *Juris*; *ſolutio* verò eſt *Facti*, *l.* 7. *§. fin. ff. de curat. furioſ.* atqui notiſſimum eſt, ea, quæ ſunt *Juris*, ſive *civilia*, alii per alium non acquiri; ea verò, quæ *facti* ſunt, acquiri poſſe, *l.* 53. *ff. de A. R. D. Harp. num.* 14. *Schamb. hic.*

Dices: Ex dictis ſequitur, quòd mea obligatio inanis ſit; fruſtra enim quis mihi obligatur, ſi alteri ſolvendo liberatur. R. Quòd ſi Titio in memorato caſu ſolvatur, ego ſtipulator adversùs Titium habeam mandati actionem, *text. hic.* quia Titio, ſolutionis cauſa adjecto, tacitè mandaſſe videor, ut pecuniam à ſe promiſſore acciperet, *l.* 13. *§.* 1. *ff. de V. O.* taciti autem, & expreſſi eadem eſt virtus, *Manz. n.* 13. *Schneid. n.* 2.

AD VERS. QUOD SI QUIS.

Quando quis ſtipulatur ſibi, & extraneo copulativè, tunc extraneo nihil acquiritur, ſed ſtipulanti pro media parte ejus, quod promiſſum eſt. Et ſic ſtipulatio valet pro parte, & pro parte non valet, ne utile per inutile vitietur, *cap. utile* 38. *de R. J. in* 6. Et, licèt *Jus accreſcendi* locum habeat in *ultimis voluntatibus*, *l, re conjuncti* 89. *ff. de legat.* 3. tamen in *contractibus* locum non habet, *text. in l. ſi mihi & Titio.* 100. *ff. V. O. Schneid. hic.* ſane, ſi res in ſtipulationem deducta ſit, quæ diviſionem non recipiat, (ut *Equus*, *Annulus*, *ſlatera*, &c.) non *Dimidium*: ſed *ſpecies* ipſa *tota* debetur, *l.* 5. *ff. communia præd. l.* 64. *ff. de contrah. empt. Harp. num.* 19.

§. PRÆTEREA. 5.

Inutilis quoque eſt ſtipulatio, ſi peccetur in forma, id eſt, incongrua ad interrogata reſponſione, dum ſcilicet non eſt congruus, & conſonans ex utraque parte intellectus: ſic, ſi ego *ſtipuler pure*, & tu *reſpondeas ſub conditione*, ſtipulatio nulla eſt, *l.* 1. *§.* 3. *ff. de V. O.* quia non eſt reſponſum congruè, ego enim purè deſidero, non ſub conditione. 7

Quæres, ſi diverſitas ſit in *Quantitate* (v. g. ſi ſtipuler 10. tu promittas 15. vel 20.) quid Juris? R. hôc caſu non vitiari ſtipulationem in totum ſed tantùm quoad eam partem, in quam non concurrit

concurrit utriusque consensus, scilicet quoad excessum *l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* estque *Ratio*, quia in minorem Summam concurrit utriusque consensus, cùm ea majori insit, ut proinde utile per inutile vitiari non debeat. *Schamb. hic.*

§. ITEM INUTILIS. 6.

8 *Imperator* redit hic ad *secundum vitium* stipulationis, qualiter scilicet ratione *Contrahentium* vitietur. Quando enim quis ab eo, qui *suo Juri* subjectus est, stipulatur, redditur *inutilis* stipulatio. Itaque inter *Patrem*, & *Filium*, *Dominum*, & *servum* nulla consistit *Stipulatio*, ut *efficax Obligatio* inde oriatur: licèt enim propter consensum *naturalis* obligatio isto casu orta sit, tamen non *civilis*, quia *patria potestas* est de *Jure civili* introducta, *Princip. Inst. de patria potest.* Sed de Jure civili, pater & filius una persona esse, censentur, *l. fin. Cod. de impub.* & *aliis subst.* Unde, si orietur civilis obligatio, sequeretur, partem sibi ipsi fore obligatam. Idem de *Servis*, qui de *Jure civili* pro *nullis* habentur, *l.* 32. *ff. de R. J. Schneid. hic.*

AD VERS. SED SERVUS.

In *hoc* ỹ. traditur *Differentia* inter *Filiumfam.* & *Servum*, & quidem talis quòd servus ex *contractu* non tantùm domino suo civiliter obligari nequeat, sed ne quidem ulli alii. *Ratio* est, quia servi de Jure civili pro *nullis*, sive *mortuis* habentur; aliud tamen est de obligatione *naturali*: nam, cùm Jure naturæ inter homines nulla sit differentia, §. 1. *Inst. de Libert.* ideò servi obligari possunt, saltem naturaliter, §. 2. *Instit. de Fidejuss.* Filiifam, etsi patri, ob rationem prædictam, civiliter obligari nequeant, aliis tamen obligari possunt, *text. hic.* & in *l.* 34. *ff. de O.* & *A.* Ratio quia *Filiusfam.* juris *civilis* (utpote *liber homo*) capax est. *Harp. hic.*

§ MUTUS 7.

Quia in stipulatione *verbis* opus est, 9 & alter alterum exaudire debet: ideò nec *Mutus*, nec *surdus* stipulationis contractum celebrare potest, *text. hic.* possunt tamen alios contractus inire, qui solò consensu fiunt, *l.* 73. *ff. de Jure dot.* Sanè, si hi servos habeant, per illos rectè stipulantur; quia, licet hi impedimentum, & vitium habeant, quòminus stipulari possint; cùm tamen sit impedimentum *Facti*, & non Juris, rectè, per servos suppleri, dixeris. *Schamb. hic.*

§. FURIOSUS 8.

Quoniam in stipulatione *Consensus* re- 10 quiritur, *l.* 1. §. 3. *de Pact.* Furiosi autem nulla est voluntas, *l.* 40. *ff. de R. J.* Ideò *Furiosus* stipulari non potest. Ita quoque ex delicto non obligatur, *l.* 14. *ff. de off. præf.* Idem dic de *Prodigo*, qui licèt sibi *stipulando* acquirere possit, aliis tamen *promittendo* non obligatur. *Schneid. hic.*

§. PUPILLUS 9. ET 10.

Suprà in *Tit. de authoritate Tutorum* 11 traditum est, quòd *Pupillus* sine tutoris authoritate suam conditionem *meliorem* facere possit, *deteriorem* non etiam. Ex quo sequitur, quòd sine tutoris authoritate aliis *promittere* non possit; sibi autem *stipulari* queat. Quod tamen intellige de *Pupillo* non *Infante*, quia parùm à *Furioso* distat, *Text. hic.* sive infantiæ proximo, qualis ille dicitur, qui *infantiæ* proximior est, quàm *Pubertati*, v. g. *Pater* 8. vel 9. *Annorum*, *Manz. hic. n.* 4. quem tamen sibi stipulari posse, communior opinio est, eò quòd tantùm removeantur infantes, qui 7. scilicet annorum

norum sunt, & *text. hic.* expresse decidat, infantiæ proximum, sibi stipulari posse, ex ratione subjuncta, quia propter utilitatem eorum benignior Juris interpretatio facta est, ut idem Juris habeant, quod pubertati proximi.

Dices: Filius-fam. impubes ne quidem, authore *Patre*, obligatur, ergò nec pupillus, authore *Tutore*. R. *negando consequ.* Ratio *Differentiæ* est, quia pupillo semper cautum est contra tutorem, si forte obligatio sit damnosa; filio autem contra patrem cautum non est. Nam tutor *Actione Tutelæ* pupillo tenetur; filio in patrem *nulla* competit *Actio* ob rem malè gestam, & paterna reverentia patrem excusat à *Ratiociniis. Perez. Inst. hic.* Alia, & succincta *Differentiæ* ratio assignatur à *Schamb. hic.* quia filius-fam. patri, pupillus sibi acquirit. Unde pater, in rem suam author fieri nequit, tutor verò ad utilitatem pupilli authoritatem suam rectè interponit. *Ludwell. hic. n.* 5. Planè, cùm *Pater*, non ut Pater: sed ut legitimus *Administrator* bonorum filii *adventitiorum* consideratur, authoritatem filio accommodare potest, *l. si infanti. Cod. de Jure delib. l. ult.* §. *fin autem* 4. *in fine Cod. de bonis, quæ liberis. Chling. quæst.* 3. *ob. un.*

§. Si impossibilis. 11.

12 *Colliges* ex *hoc* §. qualiter stipulatio, ratione impossibilis conditionis adjectæ vitietur. Et *Primo* quidem impossibilis conditio de *natura*, & etiam de *Jure*, *affirmativè* concepta, stipulationem, & cæteros contractus vitiat, *text. hic*, & in *l.* 13. *ff. de O. & A. junctâ l. impossibilis.* 7. *ff. eodem.* item *l. impossibilium.* 186. *ff. de R. J.* estque ratio, quòd, promittens sub conditione impossibili, non videatur habere animum, nec voluntatem, se obligandi. Unde contractus, tanquam evacuatus consensu partium, est nullus, *dd. ll.* Non tamen conditio impossibilis *ultimas voluntates* vitiat, sed pro non adjecta habetur, §. 10. *Inst. de hæred. Inst.* & hoc favore ultimarum voluntatum, *l.* 12. *ff. de R. J.* Nec est verisimile, aliquem in ultima voluntate velle *jocari*, aut actum *inutilem* facere. Sicut etiam in *Matrimoniis* pro non adjecta habetur, *cap. fin. de condit. apposit. Schmid. hic.* Sanè si conditio impossibilis *negativè* concepta sit, v. g. *si digitò cælum non attigero*, Stipulatio valet, & pura est, ita, ut cedat, & veniat dies, quia est certa, & necessaria conditio, & jam existit. Excipe, si conditio sit impossibilis *Lege*, quia hæc, etiam *negativè* prolata, non valet, v. g. *si patrem non occidero, dare* 10. *spondes? l.* 7. §. *maleficium. ff. de pact.* quia gratis quis à malo abstinere debet. *l.* 2. *ff. de condict. ob turp. Manz. n.* 11. *Schamb. hic.*

§. Idem verborum. 12.

Vitiatur quoque Stipulatio ratione *Absentiæ*, cùm alter alterum loquentem *exaudire* & *intelligere* debeat. Unde etiam per *Epistolam*, & *Nuntium* stipulatio non celebratur, aliàs non esset differentia inter *Stipulationem*, & alios *contractus*, qui *consensu* contrahuntur. Sed, 13

Q. Si Instrumentum, vel *scriptura* aliqua producatur, in qua habetur, aliquem certò *tempore* & *locò* promisisse; promissor autem *excipiat*, & *dicat*, se tunc *absentem* fuisse; cui credendum? an *Scripturæ*, an *Promissori*?

Cæsarienses Advocati circa hanc *Quæstionem* dubitârunt, ex hac fortè *Ratione dubitandi*, quia, licèt quis Scripturam pro se habeat de pecunia numerata, tenetur

tenetur tamen probare se numerasse, ergò etiam videbatur dicendum, licèt quis Scripturam proferat de partium præsentia, hanc tamen probare debeat, priùs quàm in Judicio obtineat.

Verùm, *Imperator* omnem dubitationem sustulit, statuitque in *l.* 14. *de contrab. & commit. Stipul.* tali Scripturæ credendum esse, donec probetur contrarium, *arg. l.* 18. *Cod. de prob.* estque *Ratio*, quòd in dubio Actus præsumatur eô modô gestus, quo debuit, *arg. l. Gallus* 29. §. 1. *ff. de lib. & posthum. Manz. n.* 7. Ista tamen *præsumptio*, quæ pro *Instrumento* militat, non est *Juris*, & de *Jure*; sed *Juris* tantum, ideòque probatione in contrarium recipit, ut si is, qui contradicit, vel per scripturam, vel testes, omni exceptione majores probaverit se, vel adversarium toto eô die, quo Instrumentum conficiebatur, aliis in locis fuisse, omnino audiendus erit, *text.* & in *d. l.* 14. *Ludwel Inst. hic.*

Dices: negantis nulla est probatio, *l.* 2. *ff. de prob.* sed reus negat, se fuisse præsentem, ergò ejus nulla est probatio. ℞. *Disting. maj.* negantis nulla est *probatio*, directè, *con.* indirectè, *negò.* Non est necesse, ut reus probet, se præsentem non fuisse; sed si probare poterit, se fuisse alibi, & sic affirmat; indirectè tamen negat, quia negat, se fuisse præsentem. Exinde *colligunt D. D. negativam* non esse *improbabilem*, si sit circumscripta *Locô*, vel *Tempore.* Nam, si habeat determinationem temporis, vel loci, potest negativa (saltem per *indirectum*) probari. Ut in casu posito, si scilicet probat, se fuisse alibi, hóc ipso enim probat, se præsentem non fuisse. *Manz. n.* 10.

§. Post mortem. 13.

Stipulatio, concepta post mortem *Stipulatoris*, vel *Promissoris*, olim non valebat, ratione impossibilitatis, cùm post mortem nec stipulator *agere*, nec promissor *conveniri* possit. *Hodie* tamen valet: ita ut *activè* & *passivè*, ad *Hæredes* transeat, sicut aliæ actiones, *l.* 1. *Cod. ut act. ab Hæred. &c.* quòd procedit, sive sit facta mentio hæredum, sive non; quilibet enim, sibi, suisque hæredibus prospicere, intelligitur, *l.* 13. *Cod. de contrab. Stipul. Schneid. hic.*

§. Idem si Quis. 14.

Olim stipulatio, præpostere concepta 14
inutilis erat, quando scilicet dies *Executionis* præcedit diem *Obligationis* Ut ecce: *si navis ex Asia venerit, promittisne dare hodie centum?* talis stipulatio olim non valuit, quia Datio eventu conditionis *prior* esse non debet, sed *posterior*; & dies Executionis non debet præcedere diem *Obligationis.*

Verùm, Imperator constituit in *l. præposteri* 25. *Cod. de testam.* talem stipulationem valere, ex hac fortè *Ratione*, quia non tam subtilitas *Verborum*, quàm *Mens* contrahentium inspici debet, *arg. l.* 1. 2. & 3. *ff. de Pact.* Sanè, *Præposteratio* in *Interrogatione*, & *Responsione* stipulationem vitiat; requiritur enim de *forma* ad stipulationem, ut Interrogatio *præcedat*, & Responsio *subsequatur. Schneid. hic.*

§. Ita autem. 15.

Stipulatio, in *Tempus mortis* collata (v. g. *cùm moriar*, *vel cùm morieris, dare spondes?*) & olim valuit & *hodie* valet, quia *viventes*, & *languentes* morimur, *l.* 22. *ff. ad SC. Syllan.*

Sed

Sed quando in tali stipulatione *venit*, aut *cedit* dies? *Harprecht* autumat, venire, & cedere diem in *confinio mortis*; creditorem tamen non debere, statim cum sacco paratum venire contra *l.* 105. *ff. de solut.* & illum molestare, qui cum morte luctatur; sed debere expectare, & post mortem petere. *Schamb. & Manz. hic.*

§. ITEM POST MORTEM 16.

Quòd post *mortem* alterius rectè stipulemur (v. g. *post mortem Titii dare spondes?*) non videtur esse *Dubium*. Nec *obstat*, talis stipulatio videatur ponere votum captandæ mortis, siquidem justa tali stipulationi causa subesse potest, quæ omnem sinistram præsumptionem auferat, *arg. l.* 23. *ff. l. de Pact. dotal.* ubi pater rectè stipulatur, post mortem filiæ dotem sibi restitui, affectus enim paternus omnem sinistram præsumptionem excludit.

§. SI SCRIPTUM. 17.

15 *Colliges* ex *hoc.* §. quod si Instrumentum producatur, in quo scriptum, quòd *Titius Mævio promiserit* 10. ly *promiserit* denotet *Interrogationem*, & *Responsionem* intervenisse. Hujusque *Ratio* est, tum, quia Instrumento inest *Præsumptio*, ut omnia, eo comprehensa, censeantur ritè, ac solenniter esse gesta, *§. ult. inf. de Fide-juss. l.* 30. *l.* 134. *§. penult. de V. O.* tum, quia verba cum effectu (id est, ut valeant) sunt accipienda, *l. penult.* §. 2. *ff. ne quis eum qui in Jus voc. vi ex.* cùm ergò Promissio sine præcedente Interrogatione sit inefficax, Interrogationem ritè præcessisse, præsumimus, ut sic *Actus valeat* potiùs, quàm *pereat l.* 12. *ff. de Reb. dub. Gomez. tom.* 2. *var. resol. cap.* 11. *n.* 17. *Harp. hic. n.* 1. & 2. Ex *dictis*

Infert *Schamb.* quod in omni actu *Solennitas intrinseca* præsumatur. Dicitur autem (inquit) solennitas intrinseca, sine qua verborum significatus aut *nullo modo*, aut *regulariter* verificari non solet, uti hic, quia promissio (regulariter) fieri solet, prævia interrogatione, nec sine illa valere potest: unde perinde habetur, ac si scriptum esset interrogatione præcedente, responsum esse, *l.* 1. *Cod. de contrah. Stip. Extrinseca* verò *solennitas* qualis est, sine qua actus (regulariter) subsistere potest, v. g. *Emptio & Venditio* sine authoritate *Tutoris*, aut *Curatoris* non præsumitur, *Schamb. loc. cit.* & ad §. *fin. de Fide-juss.*

Non obstat *l.* 1. *Cod. de usur.* ubi argumentò, à contrario ductò, sancitum videtur, quòd testi, de promissione tantùm deponenti, non credatur, stipulationem intervenisse, ut idem in instrumentis videatur dicendum. R. enim *con. ant. negandò conseq.* Ratio *Differentiæ* est, quia *Instrumenta* fiunt de *communi consensu Partium*; ideò omnia verba, in iis posita, censentur posita meliori modò, quo possunt. Sed Testes producuntur ab *una parte*, & ideò ejus dicta *strictè* intelligenda, & deponunt tantum de his, quæ percipiuntur sensu aliquo corporeo, *l. testium. ff. de test.* non verò de iis, quæ percipiuntur intellectu, quia tunc magis *Judices* essent, quàm *Testes*, Brunn. *in d. l.* 1. *Cod. de usur.* ubi infert, quòd solennitas intrinseca in testibus non præsumatur; vide etiam *Schneid. hic.*

§. QUOTIES. 18.

Quando *Stipulator* interrogat de *pluribus rebus*, & *Promissor* respondet *simpliciter*, & *indistinctè*, tunc in omnibus obligatur Promissor; quia res *nominatæ* in 16

Stipulatione, censentur tacitè *repetitæ* in *Responsione*; talis enim censetur responsio, qualis præcessit interrogatio. *Manz. n.* 2. Quòd si verò ad unam, vel aliquas ex rebus specificatis respondeat, tunc non ad omnes, sed ad illas, quas in specie promisit, obligatur, *text. hic.* & in *l.* 138. §. 3. *ff. de V. O.*

§. Alteri 19.

17 Quod *alteri Extraneo* nemo stipulari possit, *suprà* dictum. *Ratio* hujus hic datur, quia inventæ sunt stipulationes & obligationes, ut unusquisque acquirat sibi, quòd sua interest. Quòd si tamen quis alteri stipulari velit, & exinde ponere effectum, hoc consilium sequatur, necesse est, nimirum poterit stipulationi pœnam adjicere dicendo: *promittisne Sempronio centum*? & *nisi ei dederis, promittisne, mihi* 20. *fl. nomine pœnæ*? si alter *promittat*, stipulatio quidem, quoad *centum* non valet, valet tamen quoad 20. fl; quos exigere potero, *text. hic.* & *Authores.*

§. Sed etsi. 20.

Valet quoque stipulatio, alteri facta, si stipulantis *intersit* vel *intererit*. Sic *Contutor* rectè stipulatur *Pupillo*, rem salvam fore; nam suâ interest, ne *Actione Tutelæ* conveniatur. Item, si quis procuratori suo stipuletur, valet stipulatio, v. g. ego habeo Procuratorem Augustæ, qui pro certis usibus opus habet pecuniâ. Cùm scirem, Augustam profecturum; ita à te stipulatus: *Si Augustam veneris, Procuratori meo* 100. *dare, spondes*? Hoc in casu valet stipulatio. Et, si promissor dederit, *Actione Mandati* id à Procuratore repetere possum, *Manz. n.* 5. & 6. *Harp. n.* 15. Denique, si *Debitor* stipuletur, suo *Creditori* aliquid solvi, valet stipulatio, quia meâ interest, debitum meo Creditori persolvi. *Schamb.*

§. Versa Vice. 21.

Factum alienum promitti non posse §. 3. *suprà h. t.* dictum est. Ut tamen talis stipulatio sortiatur *Effectum*, consilium tale est, ut *Pœna* adjiciatur stipulationi, quo in casu promissor tenetur aut id efficere, aut pœnam solvere, *text.* & *Author. hic.*

§. Item, Nemo. 22.

Ex *hoc* §. aliud nihil *Colligas*, nisi, quòd stipulatio *rei*, nondum quidem in *præsenti* suæ, in casum tamen collata, quo *futura* est *sua*, non valeat, v. g. *dabisne mihi Stichum, si à domino mihi legatus fuerit*? *Manz. hic.*

§. Si De Alia re 23.

Resultat quoque *Vitium* stipulationis ex *re*, puta, si non concurrit *utriusque* (& *stipulatoris*, & *Promissoris*) *consensus* in eandem rem, *text. hic.* & *l.* 83. §. 1. *ff. de V. O.* veluti si hominem *Stichum* à re quis stipulatus fuerit, & tu de *Pamphilo* senseris, quia non concurrit consensus in idem. *Schamb. hic.*

§. Quod Ex Turpi. 24.

Si *turpi* ex *causa* quid promissum fuerit, nulla stipulatio est, v. g. *si quis, Homicidium, se facturum, promittit.* Ratio quia, *Turpia* in *Jure* comparantur *Impossibilibus*, *l. filius* 15. *ff. de condit. inst.* & *Pacta* invitantia ad *delinquendum*, non *valent*. *l.* 5. *ff. de pact. dotal.* Et hoc verùm est, ut nec *Pœna* talis stipulationi rectè adjiciatur, nec *Juramentum*, *cap. non est.* 58. *de R. J. in* 6.

§. Cum Quis 25.

In *conditionali* stipulatione, si ante conditionis eventum sive stipulator, sive promissor moriatur, nihilominus eorum 18

Hæredes

Hæredes & *convenire*, & *conveniri* possunt, *text. hic.* & in *l. 57. ff. de V. O.* aliud est in *Legato* conditionali *l. 41. ff. de cond. & demonst.* Ratio *Differentiæ* est, quia *stipulatio conditionalis* jam ab initio est aliquid; *Legatum conditionale* non idem. *Ratio rationis*, quia in stipulatione conditionali intervenit Factum stipulatoris, sibi, & hæredibus suis prospicere volentis, *l. 9. ff. de Prob.* At, in legato conditionali nullum legatarii factum intercedit; sed à sola Testatoris voluntate pendet, qui tantùm personæ legatarii bene facere voluit; eique soli (ob *Meritum* fortè, vel singularem *Amorem*) non ejus hæredi prospicere voluisse, intelligatur, *l. 9. ff. pro Socio. Harp.* §. 4. *Inst. de V. O. n.* 12.

§. Qui Hoc Anno. 20.

19 Quid *Juris*? si aliquis mihi promiserit, hôc *Annô*: vel hôc *Mense* solvere certam pecuniæ summam, possumque pro lubitu meo quandocunque petere? ℟. Quòd *non*; sed tunc demum, si omnes *anni*, vel *mensis partes* præteritæ sint. *Ratio*, quia Tempus illud totum pro *debitore* est, & dies arbitrio solventis tribui debet, §. 2. *Inst. de V. O. Manz. n.* 4. *hic.*

Dices: si *quotannis*, vel in *Annos singulos* vel *annum* aliquid quis promiserit, in *principio* statim cujusque *anni* peti poterit, §. 3. *Inst. de V. O.* & *l. 56.* §. 4. *ff. eod.* ergò etiam, si quis, *hôc Annô* se soluturum, promiserit, ab *initio anni soluti* peti poterit. ℟. *Con. ant. neg. conf.* Ratio *Differentiæ* est, quia in primo casu tempus adjicitur, multiplicandi obligationis causâ, & sic in *favorem stipulantis*. Unde Interpretatio pro eo facienda, nec *Finis*, sed *initium anni* attendendum. Secùs est in secundo casu, ubi tempus adjicitur, differendæ solutionis causâ, & sic in *Favorem Debitoris*, qui quandocunque voluerit, solvere poterit. *Harp.* §. 3. *Inst. de V. O. Manz. hic.* pro tradita *hoc.* §. Doctrina cape hos *Versiculos.*

Annua si *debes*, tunc inspicies *Caput anni*,
Annô si *debes*, in *Fine* teneberis *Anni*.

§. Si Fundum, Et Fin.

Subnectit hic *Imperator*, eum, qui *Fundum*, vel *Hominem* dari, stipulatur, non *continuò* agere posse. Quamvis enim hæc stipulatio *pura* sit, & idem confestim agere posse, videatur. §. 2. *Inst. de V. O.* id tamen, benignè, & cum aliquo temperamento temporis intelligendum est; neque enim cum *Sacco* statim *Creditor* venire debet, *l. 105. de solut.* Illud igitur tempus expectandum est, quo executio stipulationis, id est, traditio commoda, fieri potest, *l. 73. ff. de V. O.*

TITULUS XXI.

DE FIDE-JUSSORIBUS.

SUMMARIA.

1 *Fide-jussor quid sit?*
2 *Fide-jussio definitur.*
3 *Mandator quis dicatur?*
4 *Quomodò differat à Fide-jussore?*
5 *Quid sit constitutor?*
6 *Quid sponsor?*
7 *Quid expromissor?*
8 *Cui obligationi possit accedere fide-jussio?*
9 *An fide-jussor accedere possit obligationi, descendenti ex delicto?*

 10 *Fide-*

10 *Fide jussio an transeat ad hæredes?*
11 *Quid sit beneficium ordinis?*
12 *An de Jure Austriaco locum habeat?*
13 *Quid sit beneficium Divisionis?*
14 *Quando locum habeat?*
15 *Quid sit beneficium cedendarum actionum?*
16 *Quando cedi debeant?*
17 *Fide jussor non potest in plus obligari, quàm principalis.*
18 *Qualem habeat contra principalem actionem?*
19 *Quando petere possit liberationem?*

CONNEXIO.

Hucusque egimus de *Verborum obligatione*, seu *Stipulatione principali*. Nunc de *accessoria*, id est *Fide jussione*, agendum.

AD PRINCIPIUM.

Pro pleniori hujus *Tituli* cognitione observes (*velim*) *quinque* esse *Genera Personarum*, quæ pro aliis *Fidem* suam interponere solent, & quidem altò vertice eminet.

I. *Fide jussor*, qualis est is, qui alie-
1 nam obligationem in suam fidem recipit,
debitore principali nihilominus manente
obligatô. Unde.

Fide jussio bellè *definitur*, quod sit *Con-*
2 *tractus verbalis, quo quis alienam obligationem in suam Fidem recipit, debitore principali nihilominùs manente obligatô.*

II. Mandator qualis est is, *qui sponte*
3 *propriâ, alteri pecuniam credi mandat.* Quo in casu, si mandatarius mandanti obtemperat, & pecuniam credit, is, qui pecuniam accepit, obligatur ex causa *Mutui*, & constituitur principalis debitor, utpote, cujus causa mutuum comparatum fuit. Is verò, qui mandavit; creditori ex causa *Mandati* obligatur, ita, ut creditor utrumque, & mutuatarium, & mandatorem habeat obligatum, *l.* 13. *ff. h. t.*

Differt *Mandator* à *Fide-jussore* I. quòd 4
Fide-jussio principale debitum & *præcedere*, & *subsequi* possit, § 3. *Inst. h. t.* Mandatum verò semper præcedat. II. *Fide-jussio* non fit, nisi per *solennem Stipulationem*: *Mandatum* vero *solo consensu* constituitur. *Manz. n.* 10. De *Consuetudine* quin *nudò* etiam *Pactò* Fide jussio rectè constituatur, dubitandum non est. *Zoës. ff. h. t. n.* 1. & 2.

III. Occurrit *Constitutor*, qualis est, 5
is, *qui per nudum pactum constituit, se soluturum id, quod vel ipse, vel alius debet.*

Differt à *Fide jussore*, quòd *Constitutum* fiat *nudò Pactò*, & semper obligationem, jam contractam, *sequatur*. *Fide-jussio* verò vel *præcedat*, vel *subsequatur*, & fiat per *Stipulationem*. *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 27. *th.* 1. *lit. B.*

IV. *Sponsor*, qualis est is *qui sponte* 6
propriâ (unde *Sponsor* dicitur) *non rogatus, pro alio intercedit.* Et talis habet *Mandati Actionem* contra *Debitorem principalem* si ejus nomine aliquid solverit, *l. qui patitur.* 18. *ff. mandati. Differt* à *Fide-jussore*, quòd *Fide-jussor rogatus*, *Sponsor* verò *sponte*, & non *rogatus* intercedat pro alio. *Schneid. Inst. hic. n.* 8.

V. *Expromissor*, qualis est is, *qui alie-* 7
næ obligationi non accedit, ut Fide-jussor; sed novam principalem init, &, reo liberato, se solum, ejus loco, obstringit. Harp. n. 5.

Differt à *Fide jussore*, quia *Expromissor solus*, & *principaliter* obligatur: *Fide-jussor* verò unà cum *Debitore* principali, & accessorie tantùm. Item, Fide-jussor habet *Beneficium Excussionis*: Expromissor non etiam, *Schneid. loc. cit. n.* 12.

AD

AD VERS. QUOS HOMINES.

Redditur hôc versiculô *Ratio*, quare *Fide jussores* soleant constitui, videlicet ideò, ut diligentiùs cautum sit *Creditori*, & in casu, quo *Debitor* principalis Facultatibus labitur, ac non solvendo efficitur, creditor habeat, quem convenire possit. *Manz. n.* 17.

§. IN OMNIBUS. I.

8 *Quæritur* in hoc §. cui obligationi possit accedere Fide-jussor? Et traditur *Regula generalis*, quòd Fide-jussor accedere possit omni obligationi, qualitercunque contractæ, sive *Re*, sive *Verbis*, sive *Litteris*, sive *consensu*. Item, non obligationi duntaxat *naturali* & *Civili simul*: sed etiam *naturali tantùm*, & *civili tantùm*, Text. *hic*. & *l.* 1. *l.* 2. *ff. h. t.* Quæ ipsa tamen Res ut magis reddatur perspicua, sit

Assertio I. obligationi *naturali*, & *civili simul* potest accedere *Fide-jussor*. Text. *hic*. & *d. l.* 1. De hocque nemo, nisi qui de existentia solis in meridie, *dubitat*.

Assertio II. obligationi *naturali* tantùm (qualis ex *nudo pacto*, vel ex *Testamento imperfecto*, vel *ex contractu Filiifam. cum Patre inito* producitur) etiam potest accedere *Fide-jussor*. ita, ut talis Fide-jussor *obligetur*, & *teneatur* tam *naturaliter*, quàm *civiliter*, atque adeò *efficaciter conveniri* possit, *l.* 7. *ff. de except.* & *arg. l.* 35. *ff. h. t. Manz. num.* 12. *Schneid. n.* 3.

Non *obstat*, quòd *Fide-jussor* in *plus* obligari nequeat, quàm *Debitor* principalis, §. 5. *Inst. hic.* & *l. græcè* 8. §. 7. *ff. h. t.* Siquidem ℞. Fide-jussorem in plus obligari non posse *extensivè* (hoc est, *fortius*, *rem firmiùs*) posse tamen in plus obligari *intensivè* (hoc est *fortiùs*, & *efficaciùs*) prout rem *Exemplô* demonstro; tametsi enim *Debitor* principalis *simpliciter* obligatus sit: *Fide-jussor* tamen cum *Juramento*, aut cum *Hypotheca* se obligare potest. Item, potest *Fide-jussor* obligationem suam corroborare adjectione *Pœnæ*; quamvis *Pœnam* non promiserit principalis *Debitor*, Molin. *tract.* 2. *de J.* & *disp.* 541. *n.* 7. *Zoës. ff. h. t. n.* 12. & 13.

Assertio III. Obligationi *civili tantùm* etiam rectè accedit *Fide-jussor*, *Text. hic*. & *l.* 16. §. 3. *ff. h. t.* Ita tamen, ut *Exceptio Principali* competens, etiam *Fide-jussori* competat, *l.* 32. *ff. h. t. l.* 7. §. 1. *ff. de Except.* & *l.* 12. *Cod. de non numer. pecun. Schneid. num.* 4. *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 18. Ratio, quia *Exceptiones reales* rem ipsam minuunt, & quasi auferunt principale debitum, quò sublatô aut diminutô, accessorium quoque prosternitur. *Deinde*, si Exceptio, competens principali debitori, non etiam competeret ejusdem Fide-jussori, sequeretur, quòd principali debitori competens exceptio, eidem nihil prodesset, utpote qui à fide-jussore *Actione Mandati*, ad id, quod solvit, consequendum impeti posset, atque ita Fide jussor contra principalem debitorem regressum haberet, *Zoës. ff. de except. num.* 2.

Assertio IV. Non solùm *principali*, sed etiam *accessoriæ obligationi* potest *Fide-jussor* accedere, atque ita *Fide jussor Fide-jussoris* fieri, *l.* 8. §. *ult. ff. h. t.* Et talis Fide-jussor appellatur: ein Schadloser Burg, qui *Jure etiam Austr.* excussô principali conveniri debet, id est, *Fide jussor indemnitatis. Schneid. num.* 6. *Clariss. D. D. Franz. n.* 28.

Quæres I. An *Fide-jussor* accedere possit Obligationi descendenti ex *Delicto*, vel *Quasi delicto*? ℞. *distinguendum* esse, num tale *delictum* sit, cui venit imponenda *pœna pecuniaria*? num vero tale, cui venit imponenda *pœna corporalis*? 9

Si

Si prius, extra aleam *Disputationis* est, *Fide-jussorem* admitti posse, ita ut *Reus*, carcere detentus, datò idoneò *Fide-jussore*, custodia, & squaliore Carceris relaxandus sit. *Ratio* est, quia *Actoris*, vel *Fisci* nihil quicquam interest utèr pœnam pecuniarum solvat, ipsemet *Reus*, an Fide-jussor, vel *quis alius*, *arg. l.* 23. *l.* 53. *ff. de solut.* Accedit *l.* 70. §. *ult. ff. h. t.* ubi apertè rescribitur, in crimine *Furti* (cujus Pœna *Jure Justinianeò* pecuniaria fuerat, §. 5. & §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.*) Fide-jussorem pro Reo Furti accipi posse. Si posterius? Fide-jussor nequaquam admittendus est. *Ratio*, quia Fide-jussor deberet se obligare ad pœnam *corporalem*, ad quam se obligare non potest, cùm nemo sit membrorum suorum dominus, *l.* 13. *ff. ad Leg. Aquil.*; & *Justitiæ* refragari videretur, ut pœnam corporalem sustineret is, qui non deliquit, præcipuè, cùm *Jura* velint, ut *Delicta* teneant suos *Authores*. Ita docent *Harp. n.* 29. *Gomez. var. resol. tom.* 3. *cap.* 9. *n.* 8. *Covar. lib.* 2. *var. resolut. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 8. *Manz. n.* 20. *Concord. Walter de Jure consuet. Austr. Lib.* 2. *tit.* 15. ✠. *die wurckliche Burgschafften, ibi: in Malefiz-Sachen aber hat einige Burgschafft nicht statt, es wære dann Sache, dasz die Unthat, und Verbrechen mit keiner leiblichen straffe gebusset, sonderen in andere Weeg abgetragen müsse werden.*

§. FIDE-JUSSOR. 2.

10 *Quæritur* hic, an Fide jussio sit transitoria ad hæredes? Ratio *dubitandi* in eo ponitur, quòd creditor sequatur fidem hujus personæ, quæ fides non est alia, &, ubi *Fides*, & *Personæ industria* est electa, res non transit ad tertium, *l. un.* §. 9. *Cod. de cad. tollend.* Sic per *mortem* solvitur Mandatum, *l.* 27. §. 3. *ff. Mandati.* Tutela. *Inst. quib. mod. tut. finit.* Societas. §. *solvitur. Inst. de Societ.* Ratio non est alia, quàm, quòd in his *Negotiis* sit electa *Personæ industria.* ergò etiam *Fide-jussio* per *mortem* expirabit, cùm & in hac videatur esse electa *Personæ industria.*

Verùm, hâc *dubitandi* ratione non obstante, ℞. *Imp.* quòd *Fide-jussio* sit *transitoria* ad *hæredes*, ex ratione, quia *Accessorium* sequitur naturam sui *Principalis*; sed principalis obligatio est transitoria ad hæredes *arg.* §. 5. *Inst. de oblig. quæ ex quasi cont.* ergò etiam Fide-jussio quæ est obligatio accessoria. Et hoc in tantum *ampliatur*, ut *activè*, & *passivè* obligatio Fide-jussoria ad hæredes transeat; sive facta sit mentio, sive non, *l.* 49. *ff. de O. & A.* contractus enim omnes ita censentur initi, ut etiam hæredes includantur.

Ad rationem dubitandi ℞. hic non tam *fidem* personæ, quàm *Bona* & *Facultates*, ejus electas esse, adeòque, non considerari *Industriam* Fide-jussoris, sed id duntaxat, num *Bona* habeat, & *Facultates*? ut in casu, quo debitor principalis non est solvendo, creditor habeat, quem convenire possit.

§. FIDE-JUSSOR. 3.

Fidei-jussorem & *sequi* & *præcedere* obligationem posse, non solùm *Justinianus* hoc loco disertè statuit; verùm etiam liquidè constat ex *l.* 6. §. *ult.* & *l.* 4 *ff. h. t.* Nec *obstat*, quòd Fide-jussio sit obligatio *accessoria*; accessorium autem sequatur, non præcedat principale, *l.* 178. *ff. de R. J.* Siquidem ℞. fide-jussoriam obligationem præcedere quidem posse obligationem principalem ordine *Temporis*, & *Conceptione Verborum*, non verò *Effectu*, & *Re* ipsâ; priusquàm enim debitor principalis debet, Fide-jussor

jussor conveniri non potest *l. 57. ff. h. t. Harp.* & D D. *hic.*

§. SI PLURES. 4.

Non *unus* tantùm: sed *plures* prò eodem *Debitore* principali intervenire possunt *Fide-jussores*, & quidem, si plures Fide-jussores pro uno principali sese obstrinxerint, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur, *l. 3. Cod. h. t.* Ita, ut creditor totum debitum, à quocunque eorum velit, exigere possit, *text. hic.* & in *l. 5. Cod. h. t.* Natura enim (ut *ait Schneid. Inst. hic. n. 17.*) plurium Fide-jussorum est, ut quilibet in solidum teneatur, & hoc, *inspectô Jure antiquô*, in tantum extenditur, ut in electione, & arbitrio creditoris consistat, quem primò locò convenire vellit, num *Fide-jussorem*, num *Debitorem* principalem, *d. l. 5. Cod. h. t.*

Verùm, cum *Imperatore Justiniano* rigorosum, & perquàm durum videretur, ut in casu, quo plures dati sunt Fide-jussores, omnes in solidum conveniri possent, & præterea in electione creditoris consisteret, quem primò locò convenire vellet. Ideò jure novissimò Fide-jussoribus *tria data sunt Beneficia*.

I. Vocatur Beneficium *Ordinis* seu *Excussionis*, quo constitutum est, ut *Creditor* servet *Ordinem*, & non conveniat *Fide-jussorem*; nisi exactô & excusô priùs *Debitore* principali, *Nov. 4. c. 1.* & *auth. præsente. Cod. h. t. Canonistæ* in *cap. pervenit.* X. *de fide-juss.* Quæ excussio Debitoris principalis adeò rigorosa est, ut usque ad *Saccum*, & *Peram* fieri debeat, antequàm Fide-jussor conveniri possit. *Carpz. Jurisprud. forens. part. 2. Const. 18. definit. 5. n. 2.*

De *Jure Austriaco* contrarium obtinet & *Fide-jussor* post *moram* ante *Principalem* sine *Discussione* conveniri debet; *Kees ad Instituta* aliàs Fide-jussor liberatur. *Fünfferwald. lib. 2. obs. 94. n. 5. Sutting. in Manuscript. lit. B. V. Bürg.* his verbis: *Bürgen müssen zahlen* &c. i. e. *Fide-jussores debent solvere non excusso principali, per tacitam Consuetudinem, longô usu firmatam, ubi, multoties ita judicatum esse, asserit.*

Quòd autem Fide-jussor liberetur, si creditor debitorem principalem primò locò convenerit, testatur idem *Sutting. loc. cit. Wann einer*, &c. i. e. *Si quis dato fide-jussore, principalem, non fide-jussorem convenerit; eo fide-jussorium onus ipsô jure cecidit.*

Ast, quid *Juris*, si Fide-jussor non *simpliciter* se obligâsset, sed in *casum*, quo debitor principalis? *esset solvendo Fünfferwald. loc. cit. n. 11.* ita scribit: *Wann aber*, &c. i. e. *Si verò, ut supra dictum est, fide-jussio non simpliciter facta est, sed in casum, quo principalis non haberet in bonis quo solvendo esset: tunc excussio (principalis) priùs est ritè facienda. Fünfferw. loc. cit. ubi sup. obs. 95. ex Waltero de Jure consuet. Austr.* Praxeos esse ait, quod, tametsi, inspectô *Jure communi*, Miles fidejubere nequeat, de *Consuetudine* tamen *Austriaca* contrarium observetur: *Es vermœgen*, &c. i. e. *quanquàm de jure scripto, qui actu sunt in militia, fide-jussores esse nequeant: tamen, quia de Consuetudine provinciæ contrarium obtinet; hoc etiam nunc est observandum.*

II. *Beneficium*, Fide-jussoribus concessum, nominatur Beneficium *Divisionis* seu beneficium *Epistolæ Divi Adriani*, quo constitutum est, ut si ex pluribus Fide-jussoribus unus in solidum conveniatur, petere possit, ut creditor actionem dividat, quemlibet Fide-jussorem pro rata duntaxat portione conveniat, *text. hic.* & *l. 26. l. 27. §. ult. l. 28. ff. junctâ l. 20. §. un. Cod. h. t.* 13

AD VERS. IDEOQUE.

14 In hoc ℣. traditur *Limitatis* ad prædicta, nimirùm, ut tum demum Fidejussor; in solidum conventus, gaudeat Beneficiò *Divisionis*, si *litis contestatæ Tempore* reliqui Fide-jussores sint solvendo; secus enim reliqui tenentur etiam ad partem præstandam, quam teneretur is persolvere, qui litis contestatæ tempore desinit esse solvendo, *text. hic. & l. Fide jussor. Cod. h. t.*

Dixi *litis contestatæ tempore*, nam, si creditor inter Fide jussores semel *Actionem* diviserit, & unus, vel alter confidejussorum post litem contestatam facultatibus labatur, periculum erit Creditoris, non confide-jussorum, qui solvendo sunt, *l.* 51. §. 4. *ff. h. t. Brunnem.* ibid. *Clariss. DD. Franz. h. t. n.* 43.

AD VERS. SED, SI AB UNO.

Quid *Juris*? si unus ex fide-jussoribus à creditore conveniatur in *solidum*, & non opponat *Exceptionem Divisionis*, sed totum solvat, poteritne à creditore repetere id, quod suam portionem excedit? ℞. Imp. *negativè*. Ratio redditur à *Manzio hic. num.* 15. quia Fide-jussor ipso jure in solidum obligatus erat; ergò repetere non potest quod solvit; quæ enim efficaciter debita solvuntur, repeti prohibentur *l.* 60. *ff de condict. indeb.* Habet tamen Fide-jussor in posito casu regressum adversùs debitorem principalem, ad repetendum id, quod pro eo expendit. *§. 6. Inst. h. t. Manz. tract. de Fide-juss. cap. 6. n.* 50.

Ast, quid *Juris*, si debitor principalis solvendo non sit? ℞. quòd inanis tunc sit actio, quam inopia debitoris excludit, *l. 6. ff. de dolo malo.*

Sed, Numquid Fide-jussor habebit *Regressum* contra reliquos suos *Confidejussores*? poteritque ab his repetere, quod solvit ultra ratam suam? ℞. non posse *per text. apert. in l.* 11. *Cod. h. t.* Ratio quia nihil negotii cum iis contraxit, & nulla inter Fide-jussores invicem est *Obligatio*, neque ex *contractu*, neque ex *quasi contractu*; ergò neque *Actio Manz. n. 20. hic. Brunnem in dict. l.* 11.

Dices: Fidejussor; qui *Solidum* solvit, videtur reliquos confidejussores ex *quasi contractu* (puta, *Negotium-Gestione*) sibi habere obligatos: ut proinde *Actione Negotiorum gestorum* contra ipsos experiri posse, videatur. ℞. ad *subtile* & *acutissimum* hoc *dubium*, quòd fide-jussor *principaliter* censeatur debitoris principalis negotium gessisse; Fide-jussorum verò tantùm per *accidens*, & in *consequentiam*, quod non attenditur, *arg. l. 6. §. 1. ff. de Negot. gest. Brunnem. loc. cit.*

Itaque Fide-jussor, qui, non posita Exceptione divisionis, solidum solvit, contra fide-jussores nullum regressum habet.

Verùm, cùm & hoc Imperatori *Justiniano* perdurum videretur, ideò

III *Beneficium* introduxit, quò vocatur *cedendarum actionum*, quod Beneficio constitutum est, ut creditor Fidejussori, solidum exsolventi, vel solvere parato, actiones suas, quas ipse habet, tam contra debitorem principalem (qui etiam fide-jussori *Actione Mandati* tenetur) quàm confide jussores, cedat. *D. D. in Nov. 4. cap.* 1. & *l.* 13. *l.* 17. *l.* 36. *l.* 39. *ff. h. t.* & hoc adeò procedit, ut Fide-jussor, non antè ad solvendum coarctari possit, quàm creditor omnes actiones, *reales*, & *personales*, atque totum Jus, quod tum contra reum principalem, tum contra confide-jussores habet, cum omnibus qualitatibus, Fidejussori cesserit, *dd. ll. Clariss. D. D. Franz. n.* 58. *Schneid. n.* 23. & 24. Quæ ipsa excepti 15

exceptio cedendarum actionum etiam in executione post latam sententiam opponi potest, *l.* 51. §. *fin.ff h.t.* Ratio est, quia non impugnat sententiam; quales exceptiones admittuntur etiam post rem judicatam. *Mev. part.* 1. *decis.* 145.*n.* 3. *Brunnem in d. l.* 51. Quæ omnia *impense* tibi *notes*, etiam, atque etiam velim: paucis enim abhinc diebus res ista me multùm juvit; contigit nimirùm, ut meus quidam *Principalis* ex *Fide-jussione* conveniretur. Ego Creditori *Exceptionem* opposui *cedendarum Actionum*. Creditor *Instrumentum obligationis*, quod à debitore principali habuit, cedere quidem annuit, sed pignora sibi reservare voluit. *Decisum* est, meum principalem *Actione* ex *Fide jussione* impeti non posse, donec & *Pignora*, & omnia cætera *Jura*, quæ adversùs debitorem habuit, cesserit; & hoc fundatum est in *l.* 2. *Cod. h. t. Perez ibid. n.* 36. *Brunnem. ibid.*

Quæres II. Quando Fide-jussor petere debeat, cedi sibi actiones?

16 *Sunt*, qui mordicùs propugnent, *ante solutionem*, vel in *ipsa statim solutione* peti debere, ita, ut solutione jam facta fide-jussor petere non possit, ut actiones sibi cedantur. Ita *Treutl. vol.* 2. *disp.*28. *th.* 6. *lit. B. Menoch. de præsump. lib.* 3. *præsumpt.* 45. *num.* 26. *berlich. part.* 2. *conclus.* 22. *num.* 67.

Moventur I. hac *Ratione*, quia per solutionem ejus, quod debetur, solvitur omnis obligatio; ergò tunc creditori nulla ampliùs Actio remanet; per consequens etiam nulla potest cedi; *cùm non entis nullæ sint qualitates*, &, *quod non est, cedi non potest.*

Moventur II. per *l. Modestinus.* 76. *ff. de solut.* ubi perspicuè traditur, si post solutionem factam Actiones cessæ sint, nihil eâ cessione actum esse.

Verùm, tametsi huic *Sententiæ* Rigor *Juris* suffragetur, & in apice Juris propugnari possit; *Æquitati* tamen (quæ in omnibus spectanda, *l.* 91. *ff. de R. J.* & teste Menochiò *de arbit. l.* 1. *quæst.* 13. *n.* 17. Thyriaca contra Venenum appellatur) longè proximior est *Sententia*; Cessionem Actionum etiam post factam solutionem peti posse, datâ ad hoc fide-jussori adversùs creditorem Actione empti, eò quòd Fide-jussor, solidum solvens, videatur quasi *emisse* nomen debitoris; in *Emptione* autem, & *Venditione* Juris sit, ut Jus à venditore, quocunque tempore postulaverit emptor, cedatur *l.* 36. *ff. h. t.* Ita reipsâ docent *Carpz. part.*2. *const.*17.*def.*16.*n.* 7. *Bart. in d. l.* 36. *Harp. Inst. hic. n.* 62. *Perez. ad Cod. h. t.n.* 37. *Manz. tract. de fidejuss. cap.* 10. *n.* 34. & *seqq.*

Ad *Argumenta contraria* R. quòd ea procedant de *Rigore*, & *Apice* Juris; tametsi fortassis de hac nostra solutione *Nasum*, aut *Frontem* corruges, & fortè, hanc esse solutionem miserorum, regeras: *Zasiò* tamen teste in *l.* 23. *ff. de R. C.* hæc in casu legis novæ dicitur optima solutio, quæ leges contrarias quandoque, ita interpretatur, ut procedant de rigore Juris.

Illud, incidenter *notandum* duxi, quòd videlicet is, qui fide-jussit cum *Muliere*, solus ex fide-jussione teneatur in solidum; secus, qui fide jussit cum *Minore*; hoc enim casu non nisi pro virili portione tenetur. Ratio *Diversitatis*, vulgò hæc assignatur, quòd *Sexus* ignorari non possit, benè verò Ætas, & *Beneficium SC. Velleiani* semper certum sit, *Prætoris* verò *Restitutio* incerta, utpote, quæ pendet ex cognitione causæ. *Brunnem in l.* 74. *ff. h. t.*

§. FIDE-JUSSORES. 5.

Quo Fide-jussor *extensivè* in *plus* obligari nequeat, quàm debitor principalis obligatus est, diximus ad §. 1. *h. t.* ℣. *Assertio* II. hic, idem repetitur, & prætereà sancitur, in minus, quàm debitor principalis, obligari posse Fide-jussorem, ex *Ratione*, quia majori summæ inest minor, *l.* 1. §. *ff. h. t.*

AD VERS. ITEM, SI ILLE.

17 Quid; si debitor principalis promisisset purè, & simpliciter, potestne Fide-jussor sub conditione, vel ad certum tempus promittere? ℞. posse; contrà verò, si Principalis se se obligâsset sub *conditione*, vel ad *diem*, Fide-jussor se non posset obligare purè & simpliciter. *Ratio*, quia (ut *Multa Paucis* comprehendam) Fide-jussor in *duriorem* causam obligari non potest, quàm debitor principalis, potest tamen in *mitiorem* obligari. *Manz. n.* 17.

Dices; stipulatio prorsus vitiatur, in qua *pura* est interrogatio. Promissio verò *conditionalis* §. 5. *Inst. de inut. stip.* ergò idem in Fide-jussione dicendum, quia fit per stipulationem. ℞. *conc. ant. neg. conseq.* quia stipulatio, & promissio pariunt tantùm unam obligationem, quæ non potest esse partim pura, partim conditionalis: hic autem obligatio Rei, sive Debitoris principalis tota *pura* est, Fide-jussoris tota *conditionalis*.

§. SI QUID. 6.

18 Ex hoc §. nihil habes, quòd *colligas*, quàm, quòd Fide-jussor id, quod pro debitore principali solvit; aut expendit, *Actione Mandati* ab eodem repetere possit. Tum, quia *Officium* suum nemini debet esse *damnosum*. Tum, qui alteri non *prohibet*, pro se solvere, *mandare* creditur. *l.* 47. *ff. de condict. indeb.*

Dicta procedunt, si quis pro *præsente*, vel alias *sciente*, ac *patiente* Fide-jusserit aut solverit. *l.* 18. *ff. Mandati*. Secùs, si pro *absente* aut *ignorante* Fide-jusserit, vel solverit: hoc enim casu *Actio Negotiorum gestorum* competeret, cùm nullum *Mandatum* præcesserit, *l.* 20. §. 1. *l.* 53. *ff. Mand. Harp. n.* 3.

Porrò reperiuntur nonnulli *Casus*, 19 quibus Fide-jussor ante solutionem, à se factam, contra debitorem ad *Liberationem* agere potest.

I. Est, si debitor principalis *nimis diu* solutionem protraxerit, *l.* 38. §. 1. *ff. Mandati*. Diu autem videtur protrahere, cùm intra *Decennium* non solverit; quamvis, arbitriò Judicis ponderandum, alii rectiùs relinquant. *Harp. n.* 8. *Schneid. n.* 4.

II. *Casus* est, si debitor post Fide-jussionem ita in *Prodigalitatem* inciderit, ut facilè omnibus bonis exinde labi possit, tunc enim *Periculum* est in mora. *Gail. l.* 2. *obs.* 25 *n* 6. *Concord. Walter loc. cit.* ℣. *Erstlichen*. Sanè, si Fide-jussor *sciens*, vel per *Ignorantiam Juris*, Exceptionem, debitori principali competentem, neglexerit, & solverit aliquid, repetere ab eodem non potest; damnum enim, quod habet, suæ imputet facilitati. *Manz. n.* 12.

§. FINALIS.

In *hoc* §. *Imperator* statuit, quòd si quis *Instrumentum* producat, in quo continetur aliquem Fide-jussisse, & Fide-jussor *opponat*, nullam *Stipulationem* intercessisse, videantur omnia solenniter acta, ita ut Instrumento standum sit, donec probetur contrarium, *cap.* 14. ✕ *de fid. instrum. Manz. num.* 3.

TITULUS

TITULUS XXII.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Casus Litterarum obligationis.*
2 *An illa producat obligationem naturalem?*
3 *Quid sit exceptio non numeratæ pecuniæ?*
4 *Reus excipiendo sit actor, quomodo intelligendum?*
5 *Quamdiu exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat?*
6 *Quid? si Creditor actionem ultra biennii metas malitiosè ex endat?*
7 *Explicatur, quid de Jure Austriaco de exceptione non numeratæ pecuniæ obtineat?*
8 *Illa non remoratur paratam executionem.*
9 *An post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ objici possit, si debitor probari velit, pecuniam sibi numeratam non esse?*
10 *In causa depositi, empti, transactionis, exceptio non numeratæ pecuniæ non habet locum.*

TRANSITIO.

DIctum *suprà*, obligationes alias contrahi *Re*, alias *Verbis*, alias *Litteris*, alias denique *Consensu*. Expositis itaque Obligationibus, quæ *Re*, & *Verbis* contrahuntur, subjicitur nunc *tertiæ Divisionis*, suprà positæ, *species*, puta, *Obligatio Litterarum*.

AD PRINCIPIUM.

Olim Obligatio Litterarum fiebat *Nominibus*: quomodò autem fuerit facta? *Imperator* non tradit; nec *ego* trado, cùm ista Nomina (Teste *Imperatore hic*) ab usu recesserint. Vide *Harp. n. 4.*

AD VERS. PLANE.

1 *Hodie* Litterarum obligatio contrahitur tunc, quando quis, spe futuræ numerationis, dat alicui *Chirographum*, in quo confitetur, se certam quantitatem pecuniæ ab eo mutuò accepisse, quam tamen non accepit. Ut ecce: ego, indigus pecuniarum, conveni cum aliquo *Mercatore* vel *Cambiario*, ut mihi crederet 100. Ipse annuit, & petiit, ut ei mitterem *Chirographum*. Ego bonâ fide scripsi Chirographum, & in eo fassus sum, me à Mercatore 100. accepisse, spe fretus, fore, ut eosdem mihi mitteret, vel numerari faceret.

Verum, ipse recepit Chirographum; pecuniam autem mihi non mittit: hòc non obstante, post aliquod tempus chirographum producit, & ad solvendos 100. confessatos, me urget. Jam

2 *Quæres* I. an ego Mercatori sim obligatus? ℞. certum esse, me eidem *Re*, seu ex *Mutuo* obligatum non esse, quia Mutuum non contrahitur absque *actuali*, & *reali* pecuniæ numeratione. Neque sum obligatus *verbis*, quia *Stipulatio* nulla intercessit. Neque obligor *Consensu*, quia non aliter consensi in hanc confessionem, nisi *Actualis* sequeretur *Numeratio*. Sum tamen obligatus *Litteris*, non quidem *naturaliter*, quia deficit consensus, sed *civiliter*, tum, quia hanc obligationem litterarum *Jus civile* approbat; tum, quia Chirographum contra scribentem probat, *l. 26. Deposi.i. Manz. n. 11.*

§. FIDE-JUSSORES. 5.

Quo Fide-jussor *extensivè* in *plus* obligari nequeat, quàm debitor principalis obligatus est, diximus ad §. 1. *h. t.* ℣. *Assertio* II. hic, idem repetitur, & prætereà sancitur, in minùs, quàm debitor principalis, obligari posse Fide-jussorem, ex *Ratione*, quia majori summæ inest minor, *l.* 1. §. *ff. h. t.*

AD VERS. ITEM, SI ILLE.

17 Quid; si debitor principalis promisisset purè, & simpliciter, potestne Fide-jussor sub conditione, vel ad certum tempus promittere? ℞. posse; contrà verò, si Principalis se se obligâsset sub *conditione*, vel ad *diem*, Fide-jussor se non posset obligare purè & simpliciter. *Ratio*, quia (ut *Multa Paucis* comprehendam) Fide-jussor in *duriorem* causam obligari non potest, quàm debitor principalis, potest tamen in *mitiorem* obligari. *Manz. n.* 17.

Dices; stipulatio prorsus vitiatur, in qua *pura* est interrogatio. Promissio verò *conditionalis* §. 5. *Inst. de inut. stip.* ergò idem in Fide-jussione dicendum, quia fit per stipulationem. ℞. *conc. ant. neg. conseq.* quia stipulatio, & promissio pariunt tantum unam obligationem, quæ non potest esse partim pura, partim conditionalis: hic autem obligatio Rei, sive Debitoris principalis tota *pura* est, Fide-jussoris tota *conditionalis*.

§. SI QUID. 6.

18 Ex hoc §. nihil habes, quòd *colligas*, quàm, quòd Fide-jussor id, quod pro debitore principali solvit; aut expendit, *Actione Mandati* ab eodem repetere possit. Tum, quia *Officium* suum nemini debet esse *damnosum*. Tum, qui alteri non *prohibet*, pro se solvere, *mandare* creditur. *l.* 47. *ff. de condict. indeb.*

Dicta procedunt, si quis pro *præsente*, vel alias *sciente*, ac *patiente* Fide-jusserit aut solverit. *l.* 18. *ff. Mandati.* Secùs, si pro *absente* aut *ignorante* Fide-jusserit, vel solverit: hoc enim casu *Actio Negotiorum gestorum* competeret, cùm nullum *Mandatum* præcesserit, *l.* 20. §. 1. *l.* 53. *ff. Mand. Harp. n.* 3.

Porrò reperiuntur nonnulli *Casus*, 19 quibus Fide-jussor ante solutionem, à se factam, contra debitorem ad *Liberationem* agere potest.

I. Est, si debitor principalis *nimis diu* solutionem protraxerit, *l.* 38 §. 1. *ff Mandati.* Diu autem videtur protrahere, cùm intra *Decennium* non solverit; quamvis, arbitriô Judicis ponderandum, alii rectiùs relinquant. *Harp. n.* 8. *Schneid. n.* 4.

II. *Casus* est, si debitor post Fide-jussionem ita in *Prodigalitatem* inciderit, ut facilè omnibus bonis exinde labi possit, tunc enim *Periculum* est in mora. *Gail. l.* 2. *obs.* 25 *n* 6. *Concord, Walter loc. cit.* ℣. *Erstlichen.* Sanè, si Fide-jussor *sciens*, vel per *Ignorantiam Juris*, Exceptionem, debitori principali competentem, neglexerit, & solverit aliquid, repetere ab eodem non potest; damnum enim, quod habet, suæ imputet facilitati. *Manz. n.* 12.

§. FINALIS.

In *hoc* §. *Imperator* statuit, quòd si quis *Instrumentum* producat, in quo continetur aliquem Fide-jussisse, & Fide-jussor *opponat*, nullam *Stipulationem* intercessisse, videantur omnia solenniter acta, ita ut Instrumento standum sit, donec probetur contrarium, *cap.* 14. ✠ *de fid. instrum. Manz. num.* 3.

TITULUS

TITULUS XXII.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Casus Litterarum obligationis.*
2 *An illa producat obligationem naturalem?*
3 *Quid sit exceptio non numeratæ pecuniæ?*
4 *Reus excipiendo fit actor, quomodo intelligendum?*
5 *Quamdiu exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat?*
6 *Quid? si Creditor actionem ultra biennii metas malitiosè extendat?*
7 *Explicatur, quid de Jure Austriaco de exceptione non numeratæ pecuniæ obtineat?*
8 *Illa non remoratur paratam executionem.*
9 *An post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ objici possit, si debitor probari velit, pecuniam sibi numeratam non esse?*
10 *In causa depositi, empti, transactionis, exceptio non numeratæ pecuniæ non habet locum.*

TRANSITIO.

Dictum *suprà*, obligationes alias contrahi *Re*, alias *Verbis*, alias *Litteris*, alias denique *Consensu*. Expositis itaque Obligationibus, quæ *Re*, & *Verbis* contrahuntur, subjicitur nunc *tertiæ Divisionis*, suprà positæ, *species*, puta, *Obligatio Litterarum*.

AD PRINCIPIUM.

Olim Obligatio Litterarum fiebat *Nominibus*: quomodò autem fuerit facta? *Imperator* non tradit; nec *ego* trado, cùm ista Nomina (Teste *Imperatore hic*) ab usu recesserint. Vide *Harp. n.* 4.

AD VERS. PLANE.

Hodie Litterarum obligatio contrahitur tunc, quando quis, spe futuræ numerationis, dat alicui *Chirographum*, in quo confitetur, se certam quantitatem pecuniæ ab eo mutuò accepisse, quam tamen non accepit. Ut ecce: ego, indigus pecuniarum, conveni cum aliquo *Mercatore* vel *Cambiario*, ut mihi crederet 100. Ipse annuit, & petiit, ut ei mitterem *Chirographum*. Ego bonâ fide scripsi Chirographum, & in eo fassus sum, me à Mercatore 100. accepisse, spe fretus, fore, ut eosdem mihi mitteret, vel numerari faceret. 1

Verùm, ipse recepit Chirographum; pecuniam autem mihi non mittit: hòc non obstante, post aliquod tempus chirographum producit, & ad solvendos 100. confessatos, me urget. Jam

Quæres I. an ego Mercatori sim obligatus? ℞. certum esse, me eidem *Re*, seu ex *Mutuo* obligatum non esse, quia Mutuum non contrahitur absque *actuali*, & *reali* pecuniæ numeratione. Neque sum obligatus *verbis*, quia *Stipulatio* nulla intercessit. Neque obligor *Consensu*, quia non aliter consensi in hanc confessionem, nisi *Actualis* sequeretur *Numeratio*. Sum tamen obligatus *Litteris*, non quidem *naturaliter*, quia deficit consensus, sed *civiliter*, tum, quia hanc obligationem litterarum *Jus civile* approbat; tum, quia Chirographum contra scribentem probat, *l. 26. Deposi.i. Manz. n.* 11. 2

Quæres II. an ergò isti *Mercatori* dabitur contra me *Actio?* Dixeris prima fronte, quòd *non*, quia nemo *Improbitate* suâ actionem debet consequi.

Verum ℞. dari contra me *Actionem*, quam aliqui *Condictionem chirographariam*, alii *Condictionem ex Litteris* baptizant.

3 Ista autem *Actio*, si eâ impetar, à me potest elidi per *Exceptionem non numeratæ Pecuniæ*, qua ego non nego me illam confessionem in litteris fecisse; sed dico, pecuniam mihi actualiter numeratam non fuisse. Adeòque *onus probandi Numerationem*, rejicio ad ipsum *Creditorem*, qui probare tenetur, pecuniam confessatam numeratam esse; quòd si in *Probatione* defecerit, potero *Chirographum* condicere, *l.* 14. *Cod. de non numer. pecunia. Harp. n.* 5.

4 *Dices*: Reus in Exceptione fit Actor, & Exceptionem suam probare tenetur, *l.* 1. *ff. except.* ergò *Debitori* incumbit onus probandi; non *Creditori*. ℞. *antecedens* procedere, quando excipiens affirmat aliquid factum esse; secùs, si neget, numerationem factam esse; tunc enim negantis nulla est probatio, *l.* 2. *ff. de probat. Manz. n.* 20.

5 *Quæres* III. *Quamdiu* exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit? ℞. Textus: *ultra biennii metas hujusinodi Exceptio nomine extenditur.* Concord. *Jus Austr. exceptio non numeratæ pecuniæ ultrà biennium non habet locum: siquidem biennium istud non utile sed continuum tempus habet; estque beneficium odiosum contra tenorem, & fidem instrumenti, cujus vim suspendit, & probationem transfert in eum pro quo militat, minimè extendendum: verùm elapso tempore, remanet instrumentum, & cessio obligationis in communi vigore, quemadmodum & salvæ sunt debitori convento exceptiones ordinariæ.*

Quæres IV. Quid, si *Creditor* intra biennium nunquam agat, & maliosè differat Actionem, donec tempus illud elabatur? ℞. quòd *Debitor* hoc in casu possit nihilominùs exceptionem opponere, & condictione chirographariâ, per modum querelæ, adversus debitorem agere, vel ad hoc, ut sibi pecunia confessata numeretur, vel chirographum reddatur. Quòd si debitor nec hoc fecerit, posteà non audietur; sed, tamquam verus debitor condemnabitur, & ad solutionem tenebitur, *l.* 14. *Cod. de non numerat. pecun. Harp. n.* 10. Ratio est, tum, ut puniatur *Negligentia* debitoris, qui per integrum Biennium syngrapham penes creditorem reliquit, & non repetiit; tum, quia debitor non præsumitur tam supinus, & negligens, ut intra biennii spatium pecuniam non exigeret; aut cautionem datam non reposceret. 9

Dicta procedunt de *Jure communi scripto*; cùm autem parum prodesse videatur, habere notitiam Juris communis; ignorare verò ea, quæ de consuetudine in *Curiis* & *Tribunalibus* practicantur, Ideò

Quæres V. Quid ergò in hac nostra *Austriaca* circa Exceptionem non numeratæ pecuniæ *Juris* & *Styli sit?* 7

Ut rem *exactè* intelligas, præ omnibus tibi impensè *notes* (velim) quòd de *Jure Austriaco* quævis scriptura privata, manu propriâ, & Sigillo Debitoris munita, paratam post se trahat executionem. *Reid. Dest. Execut. ord. Tit.* 1. & 10. §. 1. *Joann. Henr. Reitter in suis Tabul. de different. Jur. commun. & Austr. ad Tab.* 16. *n.* 19. *Sutting. obs.* 103. *n.* 2. *Eine jedwedere.* Privat. *Bers. chreibung*, &c. i. e. *Quodlibet privatum instrumentum, ex consuetudine provinciæ, paratam habet executionem, nec in executione altiorem indaginem requirentes*, ullave

ullave appellatio admittuntur. multo minus partes in parato cursu executionis, Commissionibus debent impediri: sed debitor per gradus executionis compellitur ad solvendum numerata præsentique pecunia: tunc potest NB. facta solutione, aut etiam intra cursum executionis, qui tamen non interrumpitur, quas habet exceptiones, juxtà ordinem juris proponere.

Quæ constitutio in tantum extenditur, ut nec Exceptio solutionis, nec compensationis executionem remorari possit. Per Generale Ferd. II. de dato 5. Decemb. A. 1633. ibi: *auch keine*; i. e. *Ne ulla dilatoria exceptio, ulave longius tempus vel judicium requirens, ullave appellatio admitti debeat. Ita judicatum sub dato 9. jan. 1642. ut dominæ Comitissæ de Marsperg executio ulterius prosequenda concederetur: exceptionem autem solutionis; juxta juris ordinem solutione factâ proponendam, haberet Domina Comiti sa de Megau.* His in antecessum præmissis,

8 ℞. Ad propositam *Quæstionem*, Exceptionem non numeratæ pecuniæ de Jure quidem Austriaco locum habere, non tamen remorari paratam executionem, per *cit. Generale Ferd. II. Stehet also*, &c. i. e. *igitur in dicto casu, qui adversus propriam scripturam, de non numerata pecunia excipit; is hoc habet beneficium, ut post factam solutionem, possit intra biennium petere, ut sibi succurratur. Atque incumbit tunc creditori onus, vel docendi actualem pecuniæ numerationem; vel, in casu succumbentiæ, pecuniam sibi nuper insolutum numeratam, & omnes per viam executionis factas impensas.* Itaque de Jure Austriaco Debitor confessatam summam creditori tenetur solvere; post solutionem verò factam demum rejicit onus probandi in creditorem, qui pecuniæ numerationem probare tenetur. *Fünsterv. lib.* 2. *obs.* 7. *n.* 6. Quod utique procedit, si intra biennium debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ moverit. Sed,

Q. VI. An post biennium Exceptio non numeratæ pecuniæ objici possit, si debitor liquidò probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse? 9

Negativam acerrimè tuentur. *Glettle select. quæst. part.* 3. *cap.* 2. *Harpprecht. n.* 13. *Hunn. lib.* 3. *tract.* 6. *Q.* 2. *Fach. lib.* 2. *cap.* 81. & *plures ab his allegati.*

Moventur I. *per l.* 8. *Cod. de non num. pecunia.* Ubi perspicuè cautum est, Debitorem post legitimum tempus (id est biennium) *omni modò* compelli, debitum solvere. II. per *text. l.* 14. *Cod. eod.* ubi dicitur, *elapsò Biennio, Querelam nullò modò ampliùs introduci posse.* III. per *d. l.* 14. §. 3. *Cod. eod.* ubi statuitur; elapsô biennió, debitorem audiendum non esse, si creditori Juramentum deferat.

Verum, tametsi in *rigore Juris* hæc *Sententia* facilè *defendi* possit; mihi tamen *contraria* (utpote *Æquitati* consona) magis arridet, quæ docet elapsô biennio, exceptionem non numeratæ pecuniæ adhuc locum habere, si debitor liquidò probare possit, pecuniam numeratam non esse. Hujus *sententiæ* Patronos producit *Clariss. D. D. Franz. n.* 23. *hic. Gomez. var. resol. tom.* 2. *cap.* 6. *ult. Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 20. *th.* 2. *lit. C. Carpzov. part.* 1. *const.* 32. *def.* 66. *n.* 24. qui in judicando ab hac sententia ait, recedendum non esse. *Mev. part.* 2. *Decis.* 22. *n.* 3. *Zoes. ff. de O. & A. n.* 34. *Brunnem. in l.* 12. *Cod. de non num. pecun. Fünsterwald. lib.* 2. *obs.* 8. *Sutting. in Manuscript.* ℣. *Exceptio non numeratæ pecuniæ.* Ubi pro hac *sententia* allegat aliquod *præjudicium.*

Nititur

Nititur I. hàc efficaci ratione, quia nimirum illicitæ, & iniquæ exactiones, sive petitiones in Jure non sunt admittendæ, *l. 6. ff. de off. præsid.* atqui petere pecuniam quæ numerata non est, utique est iniqua petitio, ergò non admittenda.

II. Exceptio doli est perpetua *l. 5. §. fin. ff. de dol. mal. except.* exceptioni verò non numeratæ pecuniæ exceptio doli conjuncta est, & una succedit in locum tertii, *l. 3. Cod. de non numer. pecun.* licèt itaque exceptio non numeratæ pecuniæ temporalis sit, atque biennii metà circumscribatur; exceptio tamen doli perpetua erit.

III. Introducta in alicujus favorem non debent torqueri in ejus odium, *l. 6. Cod. de LL.* atqui hôc modò Exceptio non numeratæ pecuniæ in favorem debitoris introducta, in odium ejus retorqueretur, siquidem absque illa de Jure communi habuisset exceptionem communem de dolo perpetuam, ergò.

Argumenta contraria unà *Responsione* confunduntur; *allegati* enim *textus* procedunt de eo casu, quo debitor *contrarium probare* non potest. *Brunn.* & *omnes*, *suprà recensiti.*

Cæterùm, ista *Exceptio*, quam hactenùs exposuimus, in nullo alio contractu, quàm *Mutui*, & in Causa Dotis locum sibi vendicat. Unde, si quis ex alia causa (puta, *Depositi*, *Empti*, *Transactionis &c.*) confiteretur *se debere* 120. talis confessio contra scribentem, & confitentem probaret, *l. 26. §. fin. ff. depositi.* Ratio specialitatis est, quia homines in his contractibus ad effrænatè confitendum sunt procliviores, ut nimiùm consequantur Pecunias, aut Uxores, quam in aliis. *Schneid. n. 15.*

Dices: In hac nostra Austria raro exceptio non numeratæ pecuniæ sortietur locum; quotquot enim obligationes legeris, aut videris, semper clausula subjicitur, qua debitor renuntiat omnibus exceptionibus (puta, *non numeratæ pecuniæ: rei non sic: sed aliter gestæ; de non in rem verso, &c.*) ℞. hac renuntiatione non obstante, exceptioni non numeratæ pecuniæ nihilominùs locum esse; qua enim fragilitate quis inducitur ad confitendum, eàdem quoque inflectitur ad renuntiandum, *Harp. n. 19.*

TITULUS XXIII.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

OBligationibus quæ *Re*, *Verbis* & *Litteris* ineuntur discussis, sequitur *quarta species* obligationum ex contractu; nempe obligatio, quæ solò consensu perficitur: etsi enim omnes obligationes consensum necessariò requirant, hæ tamen quatuor, quæ hic recensentur (puta, *Emptio Venditio*, *Locatio Conductio*, *Societas*, & *Mandatum*) consensu contrahi ideò dicuntur, quia nudà voluntate, nudò, & solò consensu contrahentium perficiuntur; in cæteris verò contractibus præter consensum, aliud quid necessarium est; in iis puta, quæ re celebrantur rei traditio; in stipulatione, verborum solennitas, in litterarum obligatione, scriptura: atque hæc est præcipua inter contractus consensuales, & cæteros differentia.

TITULUS XXIV.
DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

SUMMARIA.

1 *Definitur emptio venditio.*
2 *Quare dicatur solo consensu contrahi?*
3 *Resolvitur l. 13. §. 8. ff. de act. empt.*
4 *Emptio domûs, quam emptor ignorabat conflagrasse nulla est.*
5 *Venditor tenetur tradere, non dare.*
6 *Evictio de jure communi præstanda; licèt nihil conventum sit.*
7 *Secùs de Jure Austriaco.*
8 & 9 *Emptio venditio quando dicatur perfecta?*
10 *Quid? si sit rerum fungibilium?*
11 *In scriptis celebrata, non aliter perfecta dicitur, quàm si instrumenta confecta fuerint.*
12 *Si una pars asserat, in scriptis celebratam esse, altera verò neget, quis probare teneatur?*
13 *Arrha, adjecta emptioni venditioni, quid operetur?*
14 *Pretium debet esse certum, & consistere in pecunia numerata.*
15 *An in arbitrium tertii rectè conferatur?*
16 *Quid Juris? si in instrumento emptionis venditionis quantitas pretii expressa non sit?*
17 *Qualis sit contractus, si partim in pecunia: partim in specie consistat pretium?*
18 *Si res empta ante traditionem pereat, cujus sit periculum?*
19 *Deciditur, emptoris esse.*
20 *Resolvuntur objectiones.*
21 *Limitatur, si dolus, vel culpa venditoris intervenerit.*
22 *Item si res alternativè vendita.*
Kees ad Instituta.
23 *Vel fungibilis sit.*
24 *An valeat emptio venditio, si equus intra tot dies tibi placuerit?*
25 *Adornatur effectus hujus contractûs.*
26 *An venditor, interesse præstando, liberetur à traditione?*
27 *Explicatur, ad quid venditor obligetur?*
28 *Monopolia Jure civili prohibita.*

PRima species contractûs, *solò consensu* initi, est *Emptio-Venditio*, quæ commodè definitur, quòd sit contractus, solò consensu initus, de Re, pro certo pretio tradenda, *Clariss. D.D. Franz. Inst. h. t. n.* 4. 1

Dixi I. *solò consensu initus*, ut differat emptio venditio à reliquis contractibus, qui (præter consensum ad sui perfectionem) requirunt vel solennitatem verborum, vel scripturam, vel rei interventum, emptio enim, & venditio solò consensu ita perficitur, ut statim, simul atque de re, & pretio conventum est, producatur actio, *l.* 1. *l.* 9. *ff. de contrah. empt. Harp. n.* 15. 2

Non adversatur *l.* 13. §. 8. *ff. de act. empt. vend.* ubi dicitur, quòd actio empti, & venditi non nascatur, priusquàm res sit tradita, *offerri* (ait textus) *pretium ab emptore debet, cùm ex empto agitur, & ideo, etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio; venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit.* Non (inquam) lex ista adversatur: enimverò nascitur quidem actio ex emptione venditione, etiam ante traditionem rei venditæ, & solutionem pretii, sed illa actio exceptione non soluti pretii eliditur, *l.* 25. 3

ff. d. t. Adeoque sensus *d. l.* 13. §. 8. est, quod ante traditionem, & solutionem pretii non nascatur actio, quæ sortiatur plenum effectum, utpote elidenda per exceptionem; non autem sensus est, quod nulla penitus nascatur actio ante traditionem, *Harp. n.* 16.

4 Dixi II. *de re*, quia sine re (puta, *merce*, quæ veneat) nec emptio, nec venditio potest intelligi, *l.* 8. *ff. ne contrah. empt.* Unde, sua sponte fluit, quod emptio alicujus domûs, quam emptor ignorabat, esse exustam, sit nulla, *l.* 57. *ff. d. t.* Ratio, quia deficit merx, requisitum essentiale emptionis-venditionis, *Manz. n.* 10.

Dixi III. *pro certo pretio*, ratio, quia sine pretio nulla venditio est, *l.* 2. *ff. de contrah. empt.* cùm pretium sit etiam substantiale requisitum emptionis-venditionis, *l.* 36. *ff. d. t.*

5 Dixi IV. *tradenda*, quandoquidem tradere, non dare mercem emptori tenetur, *l.* 11. §. 2. *l.* 30. §. *ult. ff. de act. emp.* atque per hoc emptio venditio distinguitur à permutatione, quæ rei alienæ nulla est, *l.* 1. §. 3. *ff. de rer. permut. Zoes. ff. eod.* Quod si tamen mercis sit Dominus venditor, facit & emptorem Dominum, modo pretium sit solutum.

6 Sin venditor Dominus non fuerit, usucapiendi conditionem transfert in emptorem, & ei, evictionis nomine obligatur; etiamsi nihil expressè de ea convenerit, *l.* 11. §. 2. *ff. de act. emp. Harp. n.* 29.

7 Quod procedit de *Jure communi*; secùs obtinet de *Jure Austriaco*, secundùm quod, si de præstanda evictione expressè conventum, atque venditionis instrumento inserta non sit; evictâ re, emptor adversùs venditorem nec agere, nec legitimè, efficaciter denunciare potest. *Sutting. obs.* 14. 31. & 33. *Fünsterwald lib.* 2. *obs.* 88.

AD PRINCIPIUM.

Quæritur hic in principio, quando contractus emptionis venditionis dicatur esse perfectus? multum refert, accuratè intelligere, quandonam emptio-venditio dicatur perfecta? Nam I. non est ampliùs locus pœnitentiæ. II. Oritur statim obligatio, & actio. III. periculum rei emptæ ad emptorem pertinet. Itaque, 8

℟. Ad propositam *quæstionem* sub *triplici distinctione*. I. vel emptio-venditio purè contrahitur, vel sub conditione: II. vel fit in scriptis, vel sine scriptis: III. vel est rerum, quæ *pondere, numerô, mensurâ* constant, vel aliarum rerum: v. g. *domûs*, *agri*, *vineæ*, *equi*, *vestis* &c. his positis, sequitur

Conclusio I. si emptio-venditio purè celebrata est, tunc statim simul atque de pretio, & merce inter contrahentes conventum est, perficitur, quamvis pretium nondum numeratum sit, & ne arrha quidem data fuerit, *text. hic.* Ratio quia contractus emptionis venditionis solô consensu constat, ergo non requiritur in eo actualis rei interventus, ut vel merx tradita, vel pretium numeratum sit. *Manz. n.* 4. *hic.* & sic, non obstante, quod neque res tradita, nec pretium numeratum fuerit, contractus nihilominùs perfectus: nec ampliùs pœnitentiæ locus erit. *Sutting. in Manu-Script. lit. R. Fünsterwald. lib.* 2. *obs.* 75. *num.* 4. 9

Dicta procedunt si *emptio venditio* sit rerum *non fungibilium*, v. g. *domus*, *agri* &c. secùs, si sit rerum *fungibilium*, quæ *pondere*, *numero*, & *mensurâ* constant; harum enim emptio venditio non aliter perficitur, quàm si adnumeratæ, admensæ, & appensæ fuerint, *text. notabilis* in *l.* 35. §. 5. *ff. de contrah. empt.* 10

Clariss.

Clariss. D. D. Franz. h. t. n. 81. *Zoes. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ratio, quia id genus res censentur venditæ sub conditione *mensurationis, appensionis*, vel *adnumerationis*, emptio autem conditionalis (pront statim audiemus) non priùs dicitur perfecta, quàm ubi conditio extiterit, ergò. *Chlingensp. Inst. h. t. Quæst.* 11. *Berlich. Decis.* 346. 347. & 348.

Dixi: *& ne quidem arrha intervenerit*: ratio est in *textu*, quia arrha tantùm, evidentioris probationis causâ, interponitur, non ad substantiam contractûs, sive ergò arrha intervenerit, sive non, modo de pretio convenerit inter partes, emptio perfecta esse, intelligitur. *Harp num.* 11.

Conclusio II. si emptio-venditio sub conditione celebrata fuerit, non priùs dicitur perfecta quàm si conditio extiterit; conditionalia enim pendent ex eventu conditionis, *l.* 8. *§. quòd si ff. de peri. & commod. rei vend.* Unde, si pendente conditione, res empta tota perierit, periculum venditoris erit, *l.* 8. *ff. d. t. Wesemb. in parat. eod. tit. n.* 3. *Schneid. n.* 5. Dixi *tota*, periculum enim deteriorationis spectat ad emptorem, *d. l.* 8. *℣. sanè si extet res*, *Brunnem. ibid. n.* 17.

11 *Conclusio* III. Si emptio venditio in scriptis celebrata fuerit, non aliter perfecta intelliguntur, quàm si instrumenta desuper confecta fuerint, *text. hic & l.* 17. *Cod. de fide instrum.* ratio quia nihil censetur actum, quamdiu aliquid restat ad agendum, *l. ult. Cod. ad SC. Syl. Manz. n.* 10. Unde, si contractus in instrumentum scripturæ redactus non fuerit, quisque contrahentium impunè recedere poterit ab eo, *text. hic.* nisi quid arrhæ nomine fuerit datum, quod amittitur; aut duplum restituitur, *text. hic.* ut ecce: pretium alicujus libri licitatus sum à scrutario, cùmque ille dubitaret de consensu domini, ego interim, donec consensum requireret, arrham obtuli. Hoc in casu possum resilire ab isto tractatu; ita tamen, ut arrhæ patiar dispendium, *l.* 17. *Cod. de fide instrum. Glettle part.* 3. *cap.* 20. *n.* 13. *Fünfterwald. lib.* 2. *obs.* 76. *n.* 1.

Sed quid *Juris*? si una pars asserat 12 venditionem in Scriptis celebratam esse, altera verò neget ? ℞. asserentem probare debere, inter contrahentes in principio statim actum, & conventum esse, ut emptio-venditio redigeretur in scripturam. *Brunnem. in d l.* 17. *Schneid. n.* 4. *hic. Mascard. de probat. Conclus.* 435. *n.* 8. *Klok Consil.* 16. *num.* 117. *vol.* 2. *Menoch. lib.* 3. *præsump.* 148. Qui omnes communi harmoniâ testantur hanc esse communem opinionem, ita, ut, si de voluntate partium, quod contractum in scriptis fieri voluerint, satis non constat, solô consensu perficiatur emptio venditio, & hoc vel maximè procedit in Austria, i. e. *ubi Instrumentum emptionis venditionis magis pro testimonio venditionis habetur, quàm pro necessario requisito ad contractum, & sæpius post rei venditæ traditionem confici solet. Sutting. in Manuscript. lit. K.* ibi, *ita judicatum*, refert.

Illud adhuc *notandum*, arrham ali- 13 quando ab emptore dari in signum, & argumentum emptionis, ita, ut posteà nihilominus solvatur integrum pretium, inter contrahentes conventum, & hôc casu procedunt ea, quæ *diximus*, ut nimirum, si unus contrahentium invitô altero, à contractu resilire velit, arrha vel perdatur, vel duplicata restituatur. Dixi: *invito altero* nam,

nam, si mutuò consensu ab emptione recederent, emptor reciperet, quod, arrharum nomine, dedit, *l.* II. *§.* 6. *ff. de act. empt. Schneid. n.* II. *Mynsing. n.* 7. Aliquando verò datur arrha non in argumentum, & securitatem contractûs, sed ut pars pretii; & hoc in casu, cum res non ampliùs sit integra, neutri permittitur, à contractu resilire. *Gomez. Var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 18. *Manz. n.* 33.

§. Pretium. I.

Pretium in emptione venditione adeò est necessarium, ut nulla emptio sine pretio esse possit: ratio, quia *substantialia* actûs ab actu abesse non possunt, atqui substantialia emptionis venditionis sunt *consensus, merx, & pretium*, ergò.

Ad vers. Sed et certum.

14 Debet autem pretium *duas qualitates*, seu *proprietates* habere. I. est, ut sit certum. II. ut consistat in pecunia numerata; certum autem pretium esse dicitur, cujus quantitas, aut ipso nomine expressa est, aut conveniente aliqua relatione, seu demonstratione designatur, quæ vice nominis fungitur, V. g. hic fundus sit tibi emptus 100. aureis; vel, hic fundus sit tibi emptus tanti, quanti ego eum emi, vel emo à te fundum tanti, quantum pretii in arca, vel crumena habeo, vel tanti, quanti in proximis nundinis res valebit, *l.* 7. §. I. *ff. de contrah. empt.* ratio, quia in hisce posterioribus casibus non tam *incertum* dicitur pretium, quàm ignotum. *Harp. n.* 4.

Ad vers. Alioquin.

15 *Quæritur hic* an valeat emptio venditio, si determinatio pretii in arbitrium tertii conferatur, v. g. ut res tanti sit tibi empta, quanti Titius eam æstimaverit? Tametsi veteres multùm dubitaverint? num talis emptio-venditio valeret nec ne? Imperator tamen hic statuit, quòd pretium possit conferri in arbitrium tertii, ex ratione fortassis ista, quia contrahentes sæpè ignorant condigna rerum pretia, ut proinde, ne impediantur commercia, necesse fuerit permittere, quòd æstimatio in peritum aliquem arbitrum conferri possit: *Manz. n.* 13.

Illud tamen substantialiter desideratur, ut ille tertius, in cujus arbitrium determinatio pretii refertur, *certus* sit & *specifice nominatus*, v. g. *vendo tibi equum tanti, quanti Titius æstimaverit.* Unde, si ille tertius non exprimatur, prout sæpe numero faciunt plebei in casu, quo de pretio convenire non possunt; dicentes: faciamus rem æstimari & quanti æstimata fuerit, tanti sit tibi vendita, talis emptio-venditio nulla est; ex ratione, quia semper disceptare contrahentes, in eligendo æstimatore, & sic contractus facilè redderetur elusorius, cùm homines ad dissentiendum faciles sint, *l.* 17. *principaliter. ff. de recept. arbit. Schneid. Inst hic. n.* 4. Ex eodem fonte fluit, quòd etiam talis venditio non valeret, si partes dicerent, quòd posteà motus animi jam concordare velint. *Sie wollen sich des Kauff-Schillings halber, hernach schon vergleichen. Harp. n.* 13.

§. Ad Vers. Emptore Quidem.

Ex *hoc* ṽ. nihil aliud *colligas*, quàm quòd si tertius, specificè nominatus pretium definiverit, tunc emptio venditio teneat, & producatur actio empti venditi, qua contractum servare recusans ad ejus implementum compellitur.

A D

AD VERS. SIN AUTEM.

16 Sed quid ? si tertius ille vel noluerit, vel non potuerit definire pretium? tunc emptio-venditio nulla erit, *text. hic.* ratio, quia talis emptio-venditio, in qua determinatio pretii confertur in arbitrium tertii, conditionalis esse, censetur, puta, *si Titius, vel ille tertius arbitratus fuerit*; conditionalia autem conditione non existente perimuntur, *l. 8. §. quod si ff. de per. & comod. rei vend. Manz. n. 24.* cæterum, si tertius iniquè arbitratus fuerit, tunc recurritur ad arbitrium discreti Judicis, qui arbitramentum ad terminos æquitatis reducat. *Zoëf. ff. de contrah. empt. num. 35.* Arbitrium autem dicere, nemo compellitur; nisi illud acceptaverit. *Schneid. n. 6.*

Quæres I. An ex instrumento emptionis venditionis agi possit, in quo quantitas pretii expressa non est? *Ratio* dubitandi est, quia ex instrumento, in quo fit mentio promissionis, agi potest perinde ac si scriptum esset, interrogationem præcessisse, *§. 12. & §. 16. Inst. de inut. stipul.* ergò idem hic dicendum erit.

Verùm, *contraria Sententia* verisimilior est, cui subscribunt *Gail. lib. 2. obs. 13. Zoëf. loc. cit. n. 36. Fach. lib. 2. cont. 34. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 28. th. 6. lit. D. Ratio* sola, sed fundamentalis est, quia in emptione & venditione pro *forma* requiritur, ut pretium sit certum, & determinatum; quale dici non potest, cujus quantitas non patet. Deinde, licèt in instrumento aliquo scriptum esset, dotem fuisse promissam, ex eo tamen agi non potest; si non constet de certitudine, & quantitate dotis promissæ *l. 1. Cod. de Dot promiss.* ergò idem hic differendum.

Ad rationem dubitandi ℞. *con. an. neg. conseq.* Disparitas est, quia in stipulatione facilè currit præsumptio Juris, quòd interrogatio præcesserit, si constet de promissione; nemo enim censetur voluisse aliquid promittere, quin per illam promissionem se simul etiam obligare voluerit. Jam, cùm ad obligationem sola promissio non sufficiat, sed interrogatio præcedere debeat, facilè præsumitur præcessisse, ut actus potiùs valeat quàm pereat, *Harp. §. 16. Inst. de inut. stipul.* Secùs est in emptione, & venditione, ubi, licèt vellemus præsumere, de pretio conventum esse, certitudinem tamen pretii, quæ essentialiter requiritur, præsumere non possemus.

AD VERS. QUOD JUS.

Quemadmodum in emptione venditione pretium debet esse certum, & determinatio ejus in arbitrium tertii conferri potest: ita etiam de mercede in locatione conductione par Jus obtinet. De quo suô locô.

§. ITEM PRETIUM. 2.

Secunda qualitas pretii est, quòd debeat consistere in pecunia numerata, non in specie: alias enim permutatio foret, *text. hic.* Quod tamen cum mica salis intelligendum, ut pretium in pecunia numerata ab initio determinetur, nam, in solutione bene potest res alia solvi pro pecunia, volente tamen venditore: non autem, eô invitô, *l. 9. Cod. de rescind. vend. Schneid. n. 1.* Ratio quia in omni negotio primaria contrahentium intentio inspicienda est, non id, quod ex postfacto per accidens sequitur. *Manz. n. 15.* Unde advertis, emptionem venditionem, & permutationem esse diversos contractus;

permutatio enim tunc propriè fieri dicitur, quando *species certa* pro *specie certa* datur, veluti *hic bos* pro *illo equo*, *hic liber* pro *illo pileo*, &c. Emptio venditio verò quando pro specie datur pretium in pecunia numerata. *Schneid. n.* 4 ubi plures differentias inter emptionem venditionem, & permutationem enumerat.

Quæres II. Qualis sit contractus, quando ex una parte certa species tantùm, ex altera vero parte species, & simul pecunia datur? ℞. cumprimis inspiciendam esse contrahentium intentionem. Si inter partes actum sit, ut sit emptio venditio, erit judicanda talis; sive pretium superet valorem speciei, sive non. Si vero inter contrahentes actum sit, ut esset permutatio (fortè, quia *conventioni* nomen *permutationis* semper attribuerint) tunc *permutatio* erit, licèt pecunia major sit, quàm æstimatio speciei, *l.* 6. §. 1. & 2. *ff. de act. empt. vend. Gloss. ibid.* Ratio est, quia intentio dirigit tam ultimas voluntates, *l.* 76. §. *donationis ff. de legat.* quàm contractus, ne alias agentium intentionem, & mentem negligamus, quod leges non ferunt, *l.* 19. *ff. de R. C. l. multùm. Cod. si quis alteri, vel sibi*, &c. *Covar. var. resol. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 9. *Zoes. ff. de rer. permut. n.* 6.

Sed quid? si de mente, & intentione contrahentium non constet? Tunc *distinguendum* est, num pecunia prævaleat, num res? Si prius, censebitur emptio venditio. Si posterius, permutatio erit, *cap.* 6. X *de permut. Manz. n.* 18. *Inst. hic. Zoes. loc. cit.* Ratio est, quia à potiori fit denominatio. *Covar. Var. resol. lo. cit. Gomez. var. resol. Tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 10.

Ast, quid tunc Juris, si res, & pretium sint æqualis valoris? tunc sunt aliqui, qui docent, esse contractum innominatum *Gomez. loc. cit. Harp. n.* 7. *Schneid. n.* 9. *Bart. in l.* 1. *ff. de rer. permut.* Moventur per *l.* 1. *l.* 2. & *l.* 3. *ff. de præscript. verb.* ubi regula generalis proponitur, quòd quoties de nomine alicujus contractûs dubitatur, toties danda sit *actio præscriptis verbis*, & consequenter censeatur *contractus innominatus*.

Verùm, alii tenent, partim esse emptionem venditionem, partim esse permutationem. *Fach. lib.* 2. *cap.* 41. *Covar loc. cit. Manz. n.* 19. Moventur hac ratione, quòd nimirùm tale negotium utrinque contractûs substantialia habeat, novi autem nihil esse, ut aliquis contractus diversò Jure censeatur, ut partim sit venditio partim donatio, *l.* 32. §. *pen. l.* 5. §. 5. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Sanè, hæc *quæstio*, prout fortè primò intuitu videri posset, non est de lana caprina, sed magni effectûs, & utilitatis: enim verò in permutatione Jus retractûs locum non habet; secùs in emptione-venditione. *Zoes. ff. de Retract. num.* 85. & *seqq.*

§. Cum Autem. 3.

18 Iste §. *concordantem* habet *integ. Tit. inff. de pericul. & commod. rei vend.* qui ut dilucidè intelligatur, fac, v. g. *me tibi vendidisse catenam auream*, vel *domum meam*, & antequàm catenam vel domum traderem, fortuitò incendiô catenam vel domum comburi. *Quæstionis est, ad quem pertineat periculum?* Videtur primâ fronte statuendum, quòd periculum pertineat ad venditorem.

I. Quia quælibet res perit suo domino, *l.* 6. & 9. *Cod. de pignorat. act.* atqui ante traditionem venditor adhuc manet dominus rei venditæ, quia non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur rerum

rerum dominia, *l.* 20. *Cod. de pact.* ergò.

II. Quia rei oppigneratæ periculum non ſpectat ad creditorem, pignus poſſidentem, ſed ad debitorem, ex ratione, quia eſt dominus pignoris, *d. l.* 6. & 9. ergò etiam rei venditæ periculum non ſpectat ad emptorem, ſed venditorem, quia hic eſt dominus rei venditæ.

III. Quia pecunia, quam emptor, tanquam pretium rei venditæ, ſolvere venditori, deſtinavit, ſi pereat, perit emptori; ergò ſimiliter, ſi res vendita ante traditionem pereat, peribit venditori.

IV. Per *l.* 3. *ff. locati.* Ubi dicitur, ſi fundus venditus, antequam traderetur, fuerit publicatus, quòd periculum ſpectet ad venditorem, & hic pretium reſtituere teneatur.

V. Per *l. lectos.* 12. *ff. de pericul. & commod. rei vend.* ubi in hæc verba reſcribitur. *Lectos emptos ædilis; cùm in via publica poſiti eſſent, concidit, ſi traditi eſſent emptori; aut per eum ſtetiſſet, quominùs traderentur, emptoris periculum eſſe, placet.* En: in *hac lege aſſeritur*, quòd tunc demum periculum ad emptorem pertineat, ſi res ei tradita fuerit, aut per eum ſteterit, quominùs traderetur, ergò à contrario, ſi res ei tradita non fuerit, aut per eum non ſteterit, quominùs traderetur, non ad emptorem, ſed ad venditorem, ſpectare debet periculum.

VI. Per *l.* 14. §. 1. *ff. eod. tit.* his verbis: *Materia empta ſi furto periiſſet, poſtquam tradita eſſet, emptoris eſſe periculo oſtendit: ſin minùs venditoris; videri autem trabes traditas, quas emptor ſignaſſet.* En, apertè hic dicitur ante traditionem periculum rei venditæ ſpectare ad venditorem.

Verùm his *argumentis*, quæ pondere non carent, in contrarium nihil remorantibus, communi Doctorum calculô approbata eſt *Sententia*, quæ docet, periculum rei venditæ ante traditionem pertinere ad emptorem. Ita *Bachov. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 37. *th.* 8. *lit. C.* & *D. Glettle. part.* 3. *quæſt.* 20. *Zoeſ. ff. de pericul. & commod. rei vend. n.* 6. *Covar. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 2. *Brunnem. in l.* 8. *ff. d. t. Carpz. part.* 2. *Conſtit.* 26. *def.* 19. *Gomez. var. reſol. tom.* 2. *n.* 32. & *communiter omnes.* 19

Nititur I hæc *Sententia* apertiſſimô textu noſtrô §. 3. *Inſt. hic cùm autem emptio venditio perfecta eſt, quod effici diximus, ſimul atque de pretio convenerit, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet*; *tametſi ea res emptori nondum ſit tradita.* Non explico hunc *textum*, ne ſoli lucernam addidiſſe, videar.

Nititur II *l.* 5. §. 2. *ff. de reſcind. vend.* ubi dicitur, mortuô homine venditô, perinde habendum eſſe venditionem, ac ſi traditus eſſet, utpote, cùm venditor liberetur, & emptori homo pereat.

Rationes porrò pro hac ſententia à variis variæ allegantur, mihi illa placet, quæ in ipſo *textu* continetur, puta, quia ſcilicet omne commodum rei venditæ ante traditionem ſpectat ad emptorem; ergò etiam incommodum ad eum ſpectabit, cùm ſecundùm naturam ſit, ut eum ſequantur incommoda, quem ſequuntur commoda, *l.* 10. *ff. de R. J.*

Argumenta contraria nullo labore diluuntur.

Primum quidem quod attinet, adminiculò *diſtinctionis* reſolvitur: quælibet res perit ſuo domino, niſi dominus ſit 20

sit debitor certæ speciei, *con. maj.* si dominus sit debitor certæ speciei, *neg. maj.* & sic *distinctâ min. neg. conseq.* Venditor hic non consideratur ut dominus, sed ut debitor certæ speciei? Juris autem est, quòd debitor certæ speciei casum fortuitum non præstet, *l.* 23. *ff. de R. J.* Accedit, quòd emptor suæ debeat imputare negligentiæ, quòd rem, quàm statim post solutionem pretii aufferre poterat, penes venditorem reliquerit.

Ad II. ℞. quòd commodum rei oppigneratæ non spectet ad creditorem, sed ad debitorem: non mirùm ergò quòd periculum ad debitorem, non verò ad creditorem spectet.

Ad III ℞. *con. ant. neg. conseq.* ratio differentiæ est, quia emptor non est debitor certæ speciei, sed generis: genus autem perire non potest, *l.* 11. *Cod. si cert. pet.* Sanè, si rem emisset pro his taleris, in cista existentibus, cùm hoc in casu emptor debitor esset certæ speciei, non video, cur, damnum ad venditorem pertinere, dici non posset, utpote, qui etiam sentiet commodum increscentis valoris pecuniarum. *Ch..ingensp. Inst. h. t. quæst.* 9. *ob.* 2.

IV. Exinde convellitur, quòd in casu *d. l.* 33. fundus ob delictum, à venditore commissum, publicatus fuerit, adeoque venditor in culpa fuit, quòd fundus perierit; non mirum ergò, quòd pretium restituere teneatur, quia paulò post audiemus, nostram sententiam limitari in casu, quo casum fortuitum præcessit culpa venditoris.

V. Eadem ferè *Responsione* prosternitur, siquidem lecti non casu fortuitò, sed culpâ venditoris, lectos in via publica temere reponentis, periere.

VI. Et *ultimum* ideò nec hili, nec pili est, quia loquitur de *casu*, quo non certa *species*, sed *genus* venditum est. Quando autem genus venditur, periculum ante traditionem non ad *emptorem*, sed *venditorem* spectat, prout statim latiùs explanabimus. *Harp. n.* 21.

Ex hactenus fusè *deductis* patet, periculum rei venditæ ante traditionem pertinere ad venditorem. Hæc tamen *doctrina*

Limitatur I. si res dolo, vel culpâ venditoris perierit, *text. hic.* & *l.* 35. §. 4. *ff. de contrah. emp.* junctam *l.* 5. §. 2. *ff. commodati.* ratio, quia dolus, & culpa ei nocere debet, qui dolum, aut culpam amisit, *l.* 9. *quæ in fraud. cred.* Sed qualem culpam præstabit venditor? ℞. levem, ex ratione, quia emptio-venditio utriusque contrahentis utilitatem respicit, ergò præstanda est levis culpa, *arg. l.* 2. §. *ff. commodati.* *Carpzov. loc. cit. n.* 6. *Manz. n.* 15. 21

Limitatur II. si res *alternativè* fuerit vendita (v. g. Stichus *aut* Pamphilus) & unus eorum mortuus sit ante traditionem, tunc venditori perit, & adhuc debetur, *l* 34. §. *pen. ff. de contrah. empt.* Si vero alter quoque superstes postea moriatur, emptori perit, quia jam determinatè, & in specie debeatur emptori, *Pirhing. ad Decretal. de empt. vend. n.* 51. 22

Limitatur III. si in *genere*, vel res aliqua *fungibilis* (quæ scilicet *pondere*, *numerò*, *Mensurâ* constat) vendita sit, hôc enim casu periculum venditoris est, *l.* 14. *ff. de peric. & commod. rei vend.* ratio, quia genus perire non potest. *Carpz. part.* 2. *const.* 26. *def.* 23. Nisi res fungibiles per aversionem venditæ sint, hoc est, *überhaubt*, per *Pausch*, v. g. *certum*, & *integrum dolium vini*, hoc enim casu periculum ad emptorem spectat, 23

ſpectat, quia cenſetur certa ſpecies vendita *l.* 25. §. 5. *ff. de contrah. empt. Clariſſ. D. D. Franz. n.* 80. *hic. Schneid n.* 3.

AD VERS. QUOD SI FUGERIT.

Quæritur *hic*, quid *Juris*, ſi fugerit ſervus, qui venditus eſt; aut ſubrepta res ſit, quæ venit, ita, ut neque dolus, neque culpa venditoris interceſſerit? ℞. Intereſſe, an venditor cuſtodiam ſuſceperit, nec ne? Illo caſu periculum ſuſtinet, quia contractus ex conventione legem accepit. Hòc caſu non etiam, quia culpam leviſſimam, & caſum fortuitum non præſtat; ſupponitur autem, culpam levem non interveniſſe. *Manz. n.* 19.

AD VERS. UTIQUE.

Quando res vendita ante traditionem ad alium devenit, tunc certum eſt, quòd ab ipſo venditore poſſit revocari, & repeti, idque vel per rei vindicationem, vel actionem Furti. Quod ſi verò ipſe has Actiones intentare non velit debet eas emptori cedere, *text. hic.*

§. EMPTIO. 4.

24 Jam *ſuprà* dictum eſt, emptionem venditionem purè, & ſub conditione celebrari poſſe. Hic *quæritur* an talis conditio valeat: *ſi equus iſte infrà octo dies tibi placuerit? ſi tibi venditus* 10 *fl.* Ratio dubitandi eſt, quia talis venditio non valet: *vendo tibi, quanti voles*, *l.* 35. §. 1. *ff. de contrah. emp.* ergò neque iſta: *vendo tibi, ſi intra certum tempus tibi placuerit.*

Verùm, hoc non obſtante, hîc *deciditur*, valere, quia purè, & ſub conditione emptio venditio fieri poteſt.

Ad Rationem dubitandi ℞. *con. ant. neg. conſeq.* illa enim emptio vendi io: *quanti voles*, longè diverſa eſt à noſtra. Ibi enim de nullo certo pretio convenitur, ut emptio contracta videri non poſſit quia tota ſubſtantia obligationis confertur in alterius voluntatem. In caſu autem §. noſtri non ſubſtantia contractûs, ſed accidens duntaxat (puta, *conditio*) confertur in arbitrium alterius, poſtquàm de certa merce, & pretiô certô convenit. *Manz. hic.* aliter *Harp. n.* 2. & 3.

§. LOCA, FINALIS.

Quæritur hic, quænam Res emi, vendique poſſint? *Imperator* hanc *quæſtionem* non decidit, ſed obiter ſtatuit; loca ſacra, vel religioſa, item publica emi, vendique non poſſe; ratio eſt, quia ſunt exempta commerciô, *l.* 4. *ff. de contrah. empt.* Quòd ſi tamen emptor ignorans emerit, & à venditore deceptus ſit, contractus quidem eſt nullus; dabitur tamen emptori ex eo actio, non quidem ad implementum contractûs, ſed ad id, quod ſuâ intereſt, ſe deceptum non eſſe, *l.* 4. *l.* 62. *ff. de contr. empt Schomb. Inſt. hic.*

Effectus emptionis-venditionis eſt, quòd venditor obligetur, ad tradendam 25 rem venditam, liberam, vacuam ab alterius poſſeſſione, non vitioſam cum omnibus fructibus & acceſſionibus, nec non ad damna, dolô vel culpâ ſuâ illata, reſarcienda. Solide *Clariſſ. D. D. Franz. Inſt. h. t. n.* 88.

Dixi I. *ad tradendam rem venditam*, ſuprà enim in explicatione definitionis audivimus, quòd *tradere* non *dare* venditor teneatur, *l.* 25. §. *fin. ff. de contrah. empt.* unde etiam res aliena vendi poteſt. *l.* 28. *ff. d. t.* ita tamen, ut Venditor, evictionis nomine, emptori obligetur, *l.* 11. §. 3. *ff. de act. empt.* Quæ evictio de Jure communi à venditore præſtanda eſt; etiamſi nihil expreſsè de

illa conventum *fit*, *l.* 60 *ff. de evict. Harp. n.* 30. *prin. Inst. h. t. Wesenb. in parat. de act. empt. n.* 2. *Menoch. vol.* I. *conf.* 48. *n.* 18. Quod de Jure Austriaco (diximus) non procedere; quid autem sit evictio, vide *tot. tit. ff. de evict.*

26 *Quares* III. An venditor rem venditam præcisè teneatur tradere; an vero præstando interesse, liberetur?

Sunt nonnulli, qui posterius sustineant, quos inter eminent *Donell. ad l.* 4. *Cod. de act. empt. Socin. in l. certi ff. si cert. pet. Fach. l.* 2. *cont.* 30. *Covar. var. resol. vol.* 2. *cap.* 10. *num.* 1. *Mynsing. cent.* 1. *obs.* 53. *Hunn. Var. resol. quast.* 7. *pag.* 119.

Moventur præcipuè per *l.* 1. *ff. de act. empt.* & *l.* 11. §. 9. *ff. eod* Quibus locis perspicuè traditur Venditorem ad tradendum præcisè compelli non posse, sed, præstando interesse, liberari.

Verùm, hoc non obstante, tenendum est, venditorem præcisè obligari ad tradendum Ita *Zoes. ff. de act. empt. vend. n.* 13 *Carpzov. part.* 2. *const.* I. *definit.* 15. ubi ait: hanc sententiam praxi ubique locorum receptam esse, prout similiter, ab *Excelso Austriæ Regimine* judicatum esse, testatur *Suttinger in Manu-Script. lit. R.*

Ratio, quia aliud pro alio invito creditori non solvitur, *l.* 2. §. 1. *ff de R. C.* & alteri per alterum non debet inferri iniqua conditio, *l.* 74. *ff. de R. J.* præterea hoc ipsum satis evincit *text.* in *l. exemptio* 13. §. 2. *ff. de act. empt.* ubi *Ulpianus* v. venditorem oportere ipsam rem præstare. *Harp. princip. Inst. n.* 33. *h. t.* ubi 16. argumentis hanc *Sententiam* instruit.

Ad *textus oppositos* facilis est solutio cùm intelligendi sint de casu, quo aut emptor sponte propriâ præstationem interesse recipit; aut, quo traditio rei venditæ est impossibilis, fortè, quia non ampliùs est acquisibilis. Vide, quæ scripsimus *ad* §. *fin. de V. O.*

Dixi II. *liberam*, hoc est, immunem à servitutibus, infictis pensionibus, nexu pignoris, annuis reditibus, & similibus oneribus. *Clariss. D. D. Franz. loc. cit.* 89.

Dixi III. *non vitiosam*; nam, si res vendita vitiò affecta sit, tunc emptori succurritur ex *Edicto ædilitio*; per quod duæ actiones proditæ sunt, puta, *redhibitoria*, & actio *quanti minoris*. Priori ad hoc agitur, ut venditio in totum rescindatur, venditor rem vitiosam recipiat, pretium emptori restituat, atque omnia in priorem statum reducantur, *l.* 23. *ff. de ædib. l.* 1. *Cod. de ædilit. act. Perez. ibid.* Posteriori ad hoc agitur, ut tantum pretii restituatur, quanti minoris emisset, si emptor vitium perspectum habuisset, *l* 61. *ff. d. t. Schamb. Inst. h. t. pag.* 659.

Dixi IV. *cum omnibus fructibus*, & *accessionibus*, constat enim ex prædictis, quod post emptionem venditionem perfectam omne commodum, & incommodum ad emptorem spectet. *text. in prin. Inst. h. t.*

Vidimus, ad quid venditor obligetur. 27
Emptor tenetur I. ad solvendum, hoc est, ad dandum pretium, & transferendum ejus pretii dominium, *l.* 11. §. 2. *ff. de act. empt.* ita ut, solvendo numeros alienos non liberetur, & conveniri possit ex vendito, ut vel numeros alios solvat, vel, si consumpti sint, eorum nomine, venditori indemnitatem promittat, *l.* 7. *Cod. d. t.* II. Emptor tenetur solvere usuras, si moram, non solvendò pretiò, commiserit, *l.* 13. §. 20. *ff. eod.*

Dices: Venditor tantùm tenetur tradere rem venditam, & non dare prout superiùs

superiùs diximus; ergò etiam emptor non tenetur dare pretium, sed tantùm tradere; ne aliàs emptor, & venditor ad imparia obligentur: R. *Con. ant. neg. conseq.* In assignanda ratione disparitatis vehementer se torquent *Doctores.*

Harprecht. princ. Inst. h. t. n. 73 hanc assignat, quia emptor est debitor generis, venditor verò certæ speciei, cujus præstatio videtur esse difficilior, & graviùs onerare venditorem, quàm præstatio generis, seu quantitatis; itaque venditor relevatur in eo, ut tradere, non dare teneatur. Deinde nisi emptor pretium dare, necessum haberet, nullus ejus foret usus, cùm rerum fungibilium usus consistat in abusu, §. 2. *Inst. de usufr.* rei autem, in specie debitæ, usus est; licèt non sit accipientis propria, potest enim locari, commodari, &c.

Aliter ex *Wesembecio* resolvit hanc difficultatem *Schambogen. Inst. h. t. p.* 658. aitque, regulariter quidem verum esse, quòd debitor rem dare debeat, & aliàs non liberetur; ista tamen regula patiatur exceptionem in contractu emptionis venditionis, tum, ne propter incertitudinem, & difficultatem probationis dominiorum impediatur hic contractus, usibus quotidianis maximè necessarius, tum, quia per evictionis præstationem, ad quam venditor tenetur, jam indemnis servatur emptor, perinde, ac si dominum nactus esset.

Dicta de Emptione Venditione satis sunt; non quòd plura dici nequeant, sed, quòd extenderent terminos instituti nostri, in eo potissimum consistentes, ne rudis adhuc, & infirmus animus studiosi, multitudine, ac varietate rerum oneratus, desertor studiorum efficiatur.

28 Illud tamen memoriâ dignum existimavi, quòd Monopolia (vulgò *Für-Kauffe*) utpote civilium morborum causæ, manifestò manifestiores, non tantùm de Jure Justinianeo, *l. un. Cod. de Monopol.* Verùm etiam per multas Imperii constitutiones severissimè prohibeantur, *Recess. Imper. de Anno* 1584. *sub tit. die* Monopolia, *und schædliche Für-Käuffe be'angend.*

Pulchrè deMonopoliis scribit Becher *in seinem* Commerciens-Tractat. *part.* 2. *cap.* 2. his verbis: *Das* Monopolium *bestehet,* &c. i. e. *Monopolium in hoc consistit: cùm nempe membrum civitatis solum ad se nutriendum id retinet, quo aliàs multi alii è civitate præter illum, vitam tolerare possent. Cùm enim finis societatis civilis multitudinem civium requirat, utque hi omnes victum habere queant; monopolium contrà uni vel paucis tribuat, quo multi honesti viverent: hinc fit ut quibus victus eo pacto subducitur, vel pereundum, vel patria carendum sit, sicque civitas tenuitate ac solitudine debilitetur; quod iterum fini Societatis civilis est adversum, quippe ea hominibus benè multis constare debet. Nam etsi qui monopolium exercet, eo ditior fiat, quo aliorum victum ad se trahit: tamen magis civitatis communiter interest, ut in eâ multi cives rem mediocriter amplam ac generi honesto sufficientem possideant, quam si tenues in ea sint multi, paucissimique divites. Cum enim premitur egestate civitas, ruunt cum ea universa ipsi divites.* Ex quibus suâ sponte fluit, reipublicæ regulariter Monopolia esse pernitiosissima, quod ipsum sat ponderasse videtur hæc nostra Austria, dum per varia generalia eorum usum severissimè prohibuit, de quibus vide *Cod. Aust. lit. F. v. Für-Kauff.* & *Funsterwald. l.* 2. *Obs.* 83. ubi 17. casus recenset, quibus Monopolium dicitur committi. Cæterùm, quin princeps, exigente id causâ publicæ utilitatis, aut ipse Monopolia exercere, vel horum liberum exercitium aliis

aliis indulgere possit, extra dubitationem est; prout id ipsum testatur *Arist. 1. polit. 7. Bes. de ærar. pub. c. 3. n. 6.* enim verò salus reipublicæ suprema lex esse: & utilitas publica commodo privato nunquam non præferri debet, *l. un. §. 14. Cod. de Cad. tollend.*

TITULUS XXV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

SUMMARIA.

1 *Locare, & conducere quis dicatur?*
2 *Quid sit locatio conductio?*
3 *Explicatur definitio.*
4 *Quomodo differat à contractu innominato?*
5 *Locatio conductio censetur renovata, si conductor, locatore sciente, finitò conductionis tempore, manet in re conducta.*
6 *Reconductio quomodò de Jure Austriaco procedat.*
7 &
8 *Actio conducti cui detur? & ad quid?*
9 *An merces in arbitrium tertii rectè conferatur?*
10 *Merces debet consistere in pecuniâ numerata.*
11 *An possit in re fungibili constitui?*
12 *Quid sit emphyteusis?*
13 *Dominus directus quis dicatur?*
14 *Quis emphyteuta?*
15 *Explicatur definitio emphyteuseos.*
16 *Scriptura an ad emphyteusin requiratur*
17 *Emphyteusis quomodò differat ab aliis contractibus?*
18 *Canon propter Sterilitatem an remittatur, aut diminuatur?*
19 *Emphyteusis alia est ecclesiastica, alia civilis.*
20 *Alia perpetua, alia temporalis.*
21 *Quomodo finiatur Emphyteusis?*
22 *An ex taciturnitate censeatur renovata?*
23 *An res interitu pereat?*
24 *Emphyteusis, ob non solutum canonem amittitur.*
25 *Mora purgatio quando locum habeat?*
26 *Alienatio, irrequisitò dominò, facta, facit perdi Emphyteusin.*
27 *Deterioratio quando faciat eam amitti?*
28 *Si conveniam cum Auri fabro, ut ex suo auro mihi conficiat annulum, & ego ei velim dare decem, qualis sit contractus?*
29 *Qualis sit contractus, si tecum conveniam, ut in fundo meo domum mihi ædifices, & omnem materiam suppedites?*
30 *Ad quid obligetur conductor?*
31 *Qualem culpam præstet?*
32 *Casum Fortuitum non præstat.*
33 *Limitatur in tribus casibus.*
34 *Merces quando solvenda?*
35 *Locator ad quid obligetur?*
36 *Si domus incendiò consumpta sit, quis probare debeat, culpâ vel sine culpâ periisse?*
37 *Locatio conductio transit ad hæredes?*

Secunda species contractuum, consensu initorum, est *locatio conductio*, circa quam, antequam ad explicationem *principii* hujus *Tit.* accedamus, videndum est, quid sit Locatio conductio? Item, quis locare: quis conducere dicatur?

Locare

1 Locare autem dicitur, qui alicui usum rei concedit, constitutâ certâ mercede: Conducere verò dicitur, qui accipit usum rei pro certa mercede. Unde advertis, quis locator, quis conductor nominetur. Locator is dicitur, qui mercedem accipit, conductor qui eam præstat. *Schneid. n.* 3.

2 *Definitur* locatio conductio, quòd sit *contractus Juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, quo vel personarum operâ, vel rei usus pro certa aliqua mercede, in pecunia numerata consistente, præstatur.*

3 *Dixi I. Juris gentium*: Ita enim habet *l.* 5. *ff de J. & J.* ibi: *ex hoc jure gentium emptiones venditiones, locationes conductiones, &c. & l.* 1. *ff. locat. cond.* ibi: *Locatio, & conductio cum naturalis sit, & omnium gentium, &c.*

Dixi II. Nominatus, bonæ fidei, &c. arg. §. 28. *Inst. de act.*

Dixi III Solo consensu, quia hic contractus perfectus esse censetur, statim atque partes contrahentes de re ipsa. sub certa mercede locanda, conveniunt; neque ulla litterarum, vel verborum sollennitas, vel actualis rei traditio, aut pecuniæ numeratio requiritur. *Manz. n.*9

Dixi IV. Vel personarum opera, vel rei usus, solemus enim non tantùm pro certa mercede locare res nostras (v. g. *equos, agros, domus, &c.*) verùm etiam operas hominum, puta, *mercenarii, nuntii, opificis &c. Harp. n.* 3.

Dixi V. Usus, ut distinguatur locatio conductio ab emptione venditione, in qua dominium transfertur, vel saltem usuc. piendi conditio.

Dixi VI. Pro certa mercede, quia si usus rei non concedatur pro certa mercede, sed gratis, tunc non locatio, sed commodatum erit, vel precarium. *Harp. n.* 10. *hic Zoes. ff. de precar. n.* 3.

4 *Dixi VII. in pecunia numerata*, ratio est, quia, si aliam rem, quàm pecuniam numeratam, locò mercedis promiseris, vel si convenerit, ut una res detur usui pro alia, non est locatio, sed contractus innominatus, *facio, ut facias*, v. g. si equos meos tibi hodie concederem, ut cras tuos haberem. *Mynf. n.* 5. Vel, si concederem alteri meos agros, & convenirem cum ipso, ut mihi dimidiam, vel tertiam partem fructuum solveret, esset contractus Societatis, vel si habitationem concederem, ut mihi vinum, vel frumentum præstaret, esset contractus innominatus, facio ut des, *Manz. n.* 16.

AD PRINCIPIUM.

Dicitur in hoc principio, quòd locatio conductio magnam similitudinem habeat cum emptione, & venditione, iisdemque Juris regulis consistat.

5 Prima autem similitudo est, quòd, quemadmodum emptio & venditio censetur esse perfecta statim atque de merce & pretio inter venditorem & emptorem conventum est, sic locatio & conductio statim habetur pro perfecta, quando locator, & conductor de mercede convenerunt, ratio est, quia uterque contractus solò consensu perficitur, idque vel expressò vel tacitò: *expressò*, si verbis expressis, & vivâ voce rei usus pro certa annua pensione locatur, & conducitur. *Tacitò*, qui exinde colligitur si conductor, finitò conductionis tempore, maneat in re conducta, locatore id sciente, & patiente; hoc enim casu locatio conductio censetur renovata, *l.* 13. §. *ult. l.* 14 *ff. locat. cond. l.* 16. *Cod. eod. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 25. Concord. *Walter de consuet. Aust. lib.* 2. *tit.* 5. ibi: *Wann. der Bestand-Herr seinen Bestand zu ordentlich und bedingter Zeit nicht auffkundet, so wird der Bestand wider* tacitò confirmiret.

 Sed

Sed aiunt, quoque censetur renovata locatio conductio? ℟. Si prædium conductum sit rusticum, locationem conductionem censeri renovatam usque ad anni spatium, *d. l.* 13. *§. ult. Brunnem. ibid. n.* 16 Si verò prædium conductum fuerit urbanum, ad tantum tempus renovatam censeri, quantô conductor post conductionem primam finitam habitarit, &, dominô patiente, manserit; non verò in primum tempus locationis. *Brunnem. in d. l.* 16. *Cod. h. t. Mantic. de tacit. & amb. conv. l.* 5. *tit.* 15. *Menoch. l.* 3. *præsumpt.* 80. *n.* 6. ratio differentiæ est, quià utilitas prædii rustici consistit in perceptione fructuum, qui solent semel tantùm, & ad finem anni percipi. Econtrà utilitas prædii urbani consistit in habitatione, quæ singulis momentis percipitur, *Franz. loc. cit.*

Cæterùm; quandoque fit Reconductio, antequàm tempus locationis finitum est, puta, si inter partes convenerit; aut consuetudo loci exigat, veluti in hac nostra Austria, *ut resignatio fiat ante elapsum tempus locationis, interjectô nimirùm semestri vel trimestri tempore.* Quo casu locatio ad medium annum tacitè renovata censetur. *Brunnem in cit. l.* 16. *n.* 3. Quæ ipsa tacita Reconductio locum etiam sortitur in operis locatis, v. g. si quis advocatum conduxerit ad annum, & expressè conventum sit: *ut alter alteri utrinque resignationem facere debeat semestri tempore præeuntem.* Si nulla resignatio facta fuerit, reconducta videtur opera Advocati. *Mev. part.* 3. *Decis.* 61. Pariter, si quis alteri certam summam pecuniæ, à 6. pro cento, mutuam dederit ad unius anni spatium, hoc pactô adjectô: *ut sortis solutio trimestri termino prænuncietur.* Si resignatio temporē, conventô facta non fuerit invito creditori ante lapsum anni sortem solvere non potest, eòquòd, in alium annum tacitè reconduxisse, videatur: Vide *Menoch. lib.* 3. *præsumpt.* 85. *Manz. lib.* 5. *tit.* 15. *num.* 43.

II. *Similitudo* est, quòd, quemadmodum, constitutô pretiô, emptori actio ex empto: venditori actio ex vendito competit, ita quoque constitutâ mercede, locatori actio locati, & conductori actio conducti competat; ratio non est alia, quàm quòd uterque contractus solô consensu perficiatur. *Manz. n.* 7.

7 Actio verò locati datur locatori, ejusque hæredi adversus conductorem, ejusque hæredem, *text. hic.* & *l.* 29. *Cod. h. t.* ad hoc, ut merces, unà cum usuris post moram solvatur, *l.* 2. *ff. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contrah.* Item ut omnia damna, quæ conductoris culpâ obtigerunt, refundantur, *l.* 9. § 3. *ff. locati. Harp. n.* 43. ubi sub *n.* 44. asserit, quòd si equus conductus crepuerit, præsumatur casu, & sine culpa conductoris periisse, ita, ut locator, asserens, culpa conductoris equum periisse, eam probare debeat; omnis enim, qui dolum, aut culpam allegat, eandem docere, & probare debet, *l.* 18. *§. qui dolo ff. de probat. Gomez. var. resol. tom.* 2. *cap.* 3. 22.

8 Actio conducti datur conductori *l.* 15. *ff. locati* ejusque hæredi, *l.* 19. §. 2. *ff. eod.* adversus locatorem ad hoc, ut re conductâ uti frui liceat, & impensæ utiles, ac necessariæ refundantur, *l.* 19. §. *Si inquilinus. ff. Locati, Schamb. hic.*

§. Et Quæ I.

9 Tertia *Similitudo* consistit in hoc, quòd, sicuti in emptione, & venditione determinatio pretii potest conferri in arbitrium tertii, ita & in hoc contractu determinatio mercedis in arbitrium tertii

tertii conferri possit: &, sicuti tunc, cùm emptio venditio in arbitrium tertii confertur, in suspenso tamdiu manet obligatio, tanquam conditionalis, donec ille pretium definierit, &, si definire vel noluerit, vel non potuerit, tunc pro nihilo habetur emptio venditio, ita quoque locatio, in arbitrium tertii collata, non pura est, sed conditionalis, &, donec definitio mercedis sit ubsecuta, vel in suspenso maneat obligatio, vel definitione non subsecuta, pro nihilo habeatur, utpote conditione non existente, *Manz. n.* 4. Ex *Dictis* suâ sponte fluit, non contrahi *locationem con uctionem* tunc, si quis sartori vestimenta sarcienda, aut fulloni poliienda, curandave dederit, nullâ certâ mercede constitutâ, promittens, cautum se daturum posteà, quantùm inter eos convenerit; *ratio*, quia deficit requisitum substantiale, puta, *certa merces*, erit proinde *contractus innominatus* censendus, ex quo actio *præscriptis verbis* nascitur, *l.* 22. *ff. præscript. verb. Schamb. Inst. hic.*

§. PRÆTEREA. 2.

Quarta *Similitudo*, quæ intercedit
10 inter contractum emptionis, & locationis, est hæc, quòd, sicut pretium emptionis venditionis tantùm consistit in pecunia numerata, ita merces locationis non possit in alia materia constitui, nisi in pecunia numerata, *text. hic.* Unde, si vicinus vicino usum bovis commodat, ut vicissim sibi posteà etiam usum sui bovis commodaret, non erit contractus locationis conductionis, sed innominatus, *do, ut des.* Quare, si bos dolò, vel culpâ periit, non *Actio locati* (cùm *merces* non intervenerit) neque *actio commodati* (cùm *commodatum* debeat esse *gratuitum*) sed actio *præscriptis verbis* dabitur, *Manz. Mynſ. & Schneid. hic.*

Objicies I. *Si olei* 21. *Cod. h. t.* ubi 11
fructus annui sub olei certa ponderatione locati esse dicuntur, ergò merces in locatione conductione potest etiam in re fungibili, & non semper debet in pecunia numerata consistere. Ut istum *Text.* in concordiam reducerent, varii varia excogitarunt. Sunt enim, qui statuant, in contractu locationis conductionis mercedem constitui posse in quacunque alia re fungibili. Ita *Vult. ad. prin. Inst. h. t. n.* 17. *Harp.* §. 4. *n.* 2. *h. t.* Sunt alii, qui *text. d. l. de* contractu innominato intelligant. Verùm, his *refragatur*, quòd in *text.* expressè verbum *locare* positum sit, à cujus proprietate non facilè recedendum. Deinde, sunt præterea alii *Text.* puta *l.* 35. *ff. h. t.* & *l.* 8. *Cod. eod.* in quibus apertè cautum est, mercedem in fructibus, & annuis quantitatibus consistere posse.

Ego in hac rerum altercatione illam probo *Sententiam*, quæ docet, *distinguendum* esse, inter locationem *rei frugiferæ*, & *non frug.feræ*. Illo casu merces etiam in certa parte fructuum consistere poterit. Hôc casu merces pecuniaria sit, necesse est. Ita re ipsâ strenuè propugnant, *Bachov. ad Treutl. vol.* I. *disp.* 29. *Thes.* 3. *lit. G. Brunnem. in d. l. Si olei.* 21. *à Sonnet. Inst. h. t. n.* 7. *Clariss. D. P. Konig. ad Decret. h. t. n.* 16.

§. ADEO. 3.

Tractatur in hoc §. materia de *Emphyteusi*, ab utilitate & sui frequentia nulli secunda. Emphyteusis vero græcâ voce implantationem, seu insitionem significat: nam, & primæva natura, & institutione hujus Contractûs fuit, ut non nisi res steriles, & incultæ in Emphyteusin

eusim concederentur eô fine, ut ab Emphyteuta per implantationem, culturam & Seminationem frugiferæ redderentur. *P. Engel. ad Decret. de locat. cond. n.* 11. Hodie verò, etiam res cultæ, & frugiferæ in emphyteusin conceduntur, declarante id *Consuetudine*, optimâ rerum interprete, *Clariss. D. D. Franz. hic. n.* 7.

12 Emphyteusis *definitur*, aut potiùs quòd sit *contractus Jurisgentium, consensu initus, bonæ fidei, quo prædium alteri utendum fruendum conceditur pro certo canone, in recognitionem directi dominii annuatim solvendo.* Germanicè vocatur: *Ein Erb-Zinsz Gut. Ein Erb-Lehen Ein Hoff-Gut. Ein Gült-Hoff. Ein Bauren-Lehen.*

In *Austria* Emphyteusin *Walterus de Jure consuet. lib.* 4. *tit.* 1. his verbis describit: *Wann ein Prælat, Herr, oder Land-Mann*, &c. i. e. *Cùm prælatus, Dominus, vel rusticus fundum seu prædium alicui pro canone (zinss) ac præstatione (dienst) annua, nimirùm ipsi ejusque hæredibus, (erblich) concedit eo pacto emphyteuta (der Zinss-mann) qui fundum ea lege accipit, in eo habet dominium utile (das nutzliche eigenthum.) Et quanquàm ejusmodi concessio prædii, non modo in hæredes (erblich) sed etiam in numerum annorum præfinitum, vel in aliquot tantùm personas (leiber) possit conferri: tamen in hac provincia, magis consuetudo viget, ut ea concessio à domino fiat in hæredes (erblich:) qua propter ea prædia dicuntur grund-erb-güter, erb-grund: Uti verò concessio fit in numerum annorum præfinitum, vel in aliquot personas (leiber:) tunc non solet concipi cum clausula, pro eo ejusque hæredibus; sed in modum locationis (bestand-weiss) quem quidem sensum trahunt verba binlassen vel verlassen, in instrumentis locationis vel dotalitii (leibgeding) usitata.*

Ex istis verbis poteris colligere intelligentiam certorum terminorum & vocabulorum, quæ in Contractu emphyteutico usitata, eique communia, & ad cognitionem hujus materiæ perquàm necessaria sunt. Itaque *Dominus Directus* 13 qui concedit bona, seu prædia in emphyteusin, nostrâ vernaculâ vocatur *der Grund-Herr. Emphyteuta* verò, qui 14 prædia excolenda, & utenda fruenda recipit, nostro idiomate nominatur *der Zinsz-Mann. Emphyteusis* ipsa, seu illa *prædia*, quæ conceduntur, appellantur *ein Erb-Guth. Ein Erb-Grund. Annua pensio* denique, quæ ab emphyteuta annuatim præstatur, dicitur latinè *vectigal*, seu *canon emphyteuticus.* Germanicè *jæhr-licher Zinsz; oder Dienst.* Cæterum, priusquàm ultra pr grediamur, pro *principio* teneas, velim, nimirum toties, quoties de materia emphyteutica sermo fit, ante omnia tenorem, & conventionem investituræ inspiciendum esse, qui quandoque tam Juri communi, quàm naturæ emphyteuseos, ob singularem conventionem, quæ dat formam, & legem contractui, derogat, & ante omnia servandus. *Wesemb. consil.* 331. *n.* 54. *Part.* 7. *Fünsterwald. l.* 2. *obs.* 37. *n.* 8. & 9. His *præmissis*, in viam, & explicationem *Definitionis* redeo.

Dixi I. quòd emphyteusis sit *Contractus*, quia ex illa ultrò, citròque 15 nascitur obligatio: siquidem dominus directus tenetur, emphyteutæ rem emphyteuticam tradere, & post traditionem pati, ut emphyteuta eâ libere utatur, & fruatur. Emphyteuta econtrà obligatur, *agros colere*, atque *canonem annuatim* præstare. *Harp. n.* 14.

Dixi II. *Juris gentium*, puta, quoad *originem*, quia non solùm apud *Romanos*, verùm alias quoque gentes ante *Constitu-*

Constitutionis Zenonis usus emphyteuseos receptus fuit. Sic testatur *Aristotel. lib.* 2. *Oeconom.* ubi scribit *Bizanzios*, *cùm*, *exhausto ærario pecuniis indigerent*, *fundos publicos certâ mercede locasse*, *fertiles ad tempus*, *steriles in perpetuum*, Clariss. P. Konig. *ad decret. loc. cit. n.* 32.

Dixi *quoad originem*, quoad *formam* enim *Juris Civilis est*, idque propter *Constitutionem Imperatoris Zenonis*, qui eidem robur suum, & formam certam communicavit, atque peculiare nomen tribuit. *Manz. n.* 13. *Harp. n.* 17. *hic.*

Dixi III. *Consensu initus*, ratio, quia emphyteusis ad similitudinem locationis conductionis solò consensu constat, & ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque solennitatem verborum requirit; sed sola conventio de concedendo prædio fruendo, & præstandâ annuâ pensione, obligationem, & vim illi tribuit. *Harp. n.* 15.

16 *Quæres I. An scriptura ad substantiam contractus emphyteutici requiratur?* scripturam ad valorem contractus emphyteutici requiri, constanter docet *Schneid. num.* 7. *hic Hun. var. resol. lib.* 3. *tract.* 7. *Part.* 2. *quæst.* 11. *Cravetta Consil.* 112. *num.* 8. *Sard. Decis.* 331. *n.* 10. *lib.* 2.

Moventur l. 1. *Cod. de Jure emphyt.* per illa verba: *Scriptura interveniente*, qui ablativus, absolute positus (*inquiunt*) importat conditionem, *arg. l.* 109. *ff. de condit. & demonst.*

Verùm, hôc non obstante, solidior, & veritati conformior semper mihi visa est illorum *doctrina*, qui docent, vehementer consultum esse ut emphyteusis in scripturam redigatur; non tamen esse de necessitate, ita *Zoës. ff. locat. cond. n.* 55. *Clariss. D. P. Konig. lo. cit. n.* 38. *Harp. num.* 58. Consultum verò quòd sit, est ista *ratio*, quia emphyteusis per *Scripturam* commode probari potest, & cùm emphyteusis quandoque ad tempus, memoriam hominis excedens, constituatur, & prætereà variæ conventiones eidem immisceantur, ideò ad faciliorem emphyteuseos, & conventionum, eidem adjectarum, probationem per quàm multùm cooperabitur scriptura. *Surd. Decis.* 10. *Mascard. de probat. conclus.* 603. *vol.* 3.

De *necessitate* verò quòd non sit *Scriptura*, ratio est, quia emphyteusis est ex ordine contractuum consensualium, *text. hic.* quorum nullus ad sui valorem exigit scripturam, *l.* 4. *ff. de fide instrum.*

Dixi IV. *Quo prædium*: quibus verbis indigitatur, quòd contractus emphyteuticus non, nisi in rebus immobilibus, constituatur; *l.* 1. *ff. si ager. vect. Harp. n.* 88.

Dixi V. *Utendum-fruendum*, ut appareat, emphyteutam non fieri dominium rei, in emphyteusin concessæ; sed duntaxat adipisci dominium utile, quale habet usufructuarius. Et in hoc contractus emphyteuticus differt à contractu censuali, qualis tunc dicitur celebrari, si quis alteri concesserit plenum dominium rei immobilis, cum hac conditione, ut ipsi annuam pensionem, vel censum solvat. *Manz. n.* 24. 17

Differt etiam emphyteusis à contractu emptionis venditionis, & locationis conductionis. Ab illo, quòd in contractu emptionis venditionis transferatur dominium directum & utile; in emphyteusi verò duntaxat utile. Ad hoc, quod in locatione conductione solummodò usus & quidem temporalis; in emphyteusi verò dominium utile transferatur. Deinde, in locatione pensio solvitur, tanquam justa æstimatio fructuum, vel usus: in emphyteusi verò canon præstatur principaliter in recognitionem dominii directi *P. Engel. loc. cit. n.* 12.

Dixi VI. *Pro certo canone*, *annuatim solvendo*, hæc enim annua pensio præcipuè est propria contractûs emphyteutici, nam; sine ea transiret in speciem vel donationis, vel usufructus, vel feudi, *Manz. n.* 32.

18 Dixi VII. *In recognitionem dominii directi*, paulò ante dictum est, canonem emphiteuticum non solvi, ob fructus perceptos, sicuti merces in locatione conductione, sed in signum superioritatis, & honoris gratiâ. *Wesenb. n.* 6.

Unde sua sponte fluit, quòd licèt merces, seu pensio, quam colonus in locatione conductione solvit, propter sterilitatem remittatur, vel saltem diminuatur; diversum tamen in emphyteusi obtineat; utpote in qua, ob annorum sterilitatem canon neque remittitur, neque diminuitur: ratio *Disparitatis* est, quia canon non solvitur in compensationem fructuum, sed in recognitionem dominii directi, quod in superiori recognoscere debet; sive fluant anni *fertiles* sive *steriles*. Colonus verò mercedem solvit intuitu fructuum, quales si nulli, aut pauci nascantur, æquitati consonum est, ut merces aut remittatur, aut diminuatur. *Manz. n.* 42. *Gail. lib.* 2. *obs.* 23. *Clariss. D. P. Konig. n.* 43.

19 *Dividatur* I. Emphyteusis in *ecclesiasticam*, & *civilem*. Illa dicitur, cùm bona *Ecclesiæ*: hæc, cùm res *profanæ* (quæ ad *Principem*, ad *Civitatem*, ad *Fiscum*, vel etiam ad *privatum* spectant) in emphyteusin conceduntur; *l.* 4. & *auth. præterea Cod. de SS. Eccles.l.* 1. *Cod. de Jure emphyt.* Illud *notandum*, ad hoc ut emphyteusis dicatur ecclesiastica, & prærogativis suis gaudeat, requiri, ut in rebus ecclesiasticis constituatur; v. g. *fundo*, ad *ecclesiam* pertinente, & non sufficere, ut à *persona ecclesiastica* tantùm constituatur. *Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 29. *Harp. n.* 119.

Dividitur II. In perpetuam, & *temporalem*, de qua divisione sunt. qui dubitent, *an detur emphyteusis non perpetua?* Verùm, ex usu & consuetudine constat, dari emphyteuses, non perpetuas, hoc est ad *duas*, *tres generationes*, vel ad 30. *annos* &c. & idem confirmat *Novell.* 120. *cap.* 5. & 6. In dubio tamen semper intelligitur, esse perpetua. *Harp. num.* 94. nisi sit emphyteusis ecclesiastica, quæ, nisi expressè hæredum fiat mentio, præsumitur tantùm ad vitam accipientis, vel certè non, nisi usque ad tertiam generationem concessa. *Nov.* 7. *cap.* 3. *P. Engel. num.* 14. vide *Zoës. ff. locat. cond. n.* 65. 20

Amittitur emphyteusis variis modis. 21
I. *Lapsu temporis*, ad tempus enim concessa eò lapso censentur negata, *l.* 1. *l. fin. ff. Si ager vectigal. Zoës. loc. cit. n.* 73.

Quæres II. *an transactô tempore*, *emphyteusis ex utriusque partis taciturnitate censeatur renovata?* 22

Ratio *dubitandi* in eo posita est, quia Emphyteusis est species locationis conductionis, quæ (ùt *suprà* latius discussimus) ex tacito partium consensu renovari dicitur. Verùm, tenendum est, lapsô tempore, ad quod emphyteusis constituta est, ex taciturnitate partium non censeri renovatam, siquidem, in emphyteusi majus versatur præjudicium quam in locatione conductione, utpote, in qua merces correspondet fructibus, ut hujus intuitu consensus in relocationem facilè præsumatur. Quod secus se habet, in emphyteusi, ubi canon plerumque exiguus est, adeoque non præsumendum quòd dominus directus in continuationem utilis dominii tam facilè consentiat. *Fach. lib.* 1. *cont.* 84. *Clariss.*

Clariss. D. P. Konig. ad Decret. de locat. cond. n. 47.

23 II. Amittitur emphyteusis *totali ipsius rei, in emphyteusin concessæ, interitu*, v. g. si ager casmate vel diluvio pereat: aut à mari occupetur, *l. 2. Cod. de Jure emphyt.* Hoc in casu exspirat tota emphyteusis, ita, ut emphyteuta penitus liberetur à præstatione canonis, ratio, quia; cessante causâ, cessat effectus, *cap. 60.* ⅹ *de appellat.* & non entis nullæ ampliùs sunt qualitates. *Manz. Inst. h. t. n. 27. Zoes. ff. h. t. n. 74. Brunnem. in d. l. 1. n. 6. Fünsterw. lib. 2. obs. 43. n. 5. Fach. lib. 1. cont. 90.* Sanè, si pars tantùm rei emphyteuticæ perierit, emphyteuta nihilominùs tenetur præstare integrum canonem, *text. hic.* & *d. l. 1. Fach. d. loc. cont. 89. Harp. n. 373.* ratio, quia canon solvitur in recognitionem dominii directi, quæ recognitio adhuc locum habeat, tametsi pars rei emphyteuticæ perierit, *Manz. n. 29.* Unde

Colliges, licèt damnum notabile, aut magna sterilitas annorum contingat, eà tamen propter emphyteutæ canonem neque remittendum, neque diminuendum esse, ita, ut *Carpzov. Jurisp. Forens. part. 2. constit. 38. defin. 19. num. 2.* apertè asserat, etiamsi omnes fructus absumpserit sterilitas, emphyteutam tamen ne quidem à parte pensionis liberari. Huc quadrant vulgares illi rithmi:

Si perit res tota, *non dolet Emphyteuta.*
Si perit pro parte, *nullâ se liberat arte.*

Concordat *Jus Austriac.* teste *Walter lib. 4. tit. 12.* ibi: *Da ein Grund - oder Erb-Guth* &c. i. e. *Cùm fundus emphyteuticus bello, incendio, vi aquarum, partem perit vel destruitur; tun non tenetur Dominus directus pensionis quidquam remittere, sed emphyteuta tenetur nihilominus eam præstare. Est autem ipsi ea pensio nimis onerosa? potest tunc fundum qualemcunque existentem Domino directo resignare. Ita etiam; cùm colono per gelu vel tempestatem deficiunt fruges; nihilominùs tenetur is Domino pensionem solvere.*

Sanè si emphyteuta propter bellum fundum prorsus ingredi non possit; & sic ab omni fructu impediatur, æquitati videtur consonum ut remissio fiat canonis. Ita *Gail. 2. obs. 23. n. 23. Fünsterw. loc. cit. n. 5. Brunnem. in d. l. 1. num. 7. Carpzov. loc. cit. n. 6. & Resp. 91. lib. 1. tit. 9.*

III. Extinguitur emphyteusis, *dilatâ Solutione Canonis*, etenim, si emphyteuta in emphyteusi ecclesiastica per biennium, in sæculari per triennium continuum in solutione canonis cessaverit, toto Jure, quod in re emphyteutica obtinet, cadit, *cap. fin.* ⅹ *h. t.* & *l. 2. Cod. de Jure emphyt. Brunnem. ibid. num. 2.* etiamsi nunquam fuerit interpellatus, *d. l. 2.* tempus enim interpellat pro homine. *Clariss. D. P. Konig. l. cit. num. 50. Glettle part. 2. select. quæst. 24. num. 1.* 24

Limitatur, si emphyteuta celeri solutione moram purgaverit. Ubi tamen emphyteusis ecclesiastica secernenda à civili. In illa procedit, quod diximus, hoc est, si lapsò bienniò canonem emphyteuta celeriter obtulerit, expelli non potest fundò emphyteutico. *d. cap. ult. h. t.* In hac diversum obtinet, neque mora purgatur, licèt post triennium emphyteuta pensionem, seu canonem promptè obtulerit, *d. l. 2. Cod. de Jure emphyt.* ibi: *Sed, omnimodè eo, si dominus voluerit, repellendo*: quæ verba arguere videntur, ita absolutè repelli posse, ut nec moram purgare possit emphyteuta. Deinde *d. l. 2.* executionem caducitatis committit voluntati Domini directi, ex cujus arbitrio, & voluntate 25

 non

non penderet executio caducitatis, si emphyteuta caducitatem celeri satisfactione declinare posset. Ita more suo solidissimè *Glettle loc. cit. num.* 2. & *Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. Part.* 2. *n.* 16. *Jason. in d. l.* 2. *n.* 73. *Covar. var. resol. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 4. *Fach. l.* 1. *cont.* 89. *Berlich. Part.* 2. *Concl.* 46. *n.* 47. Quòd autem aliud definitum sit in emphyteusi ecclesiastica, rationem differentiæ ponit, *Zoës. ff. h. t. n.* 85. quòd Ecclesia, ut durius agit, inducendo jus commissi per cessationem biennii, ita vicissim mitiùs, admittendo purgationem moræ. Vide etiam *Fünfterwald. lib.* 2. *obs.* 42. *n.* 6. & 7. & *Carpz. p.* 2. *const.* 38. *def.* 11.

Illud tamen singulariter *notandum*; tametsi emphyteuta canonem per triennium non solverit; Domino tamen directionem licere, propriâ authoritate emphyteutam ex fundo emphyteutico expellere, sed opus esse Judicis pronuntiatione, & sententiâ. *Fünfterw. lib.* 2. *obs.* 41. *n.* 3. *Mynsing. obs.* 77. *cent.* 6.

Concord. *Jus Aust. teste Sutting. in Manuscript. lit. G. v. Grund-Recht.* ibi: *Wan ein* &c. i. e. *Cùm emphyteuta pensionem annuam non solvit; non idcircò potest Dominus, citrà juris formam & sententiam in fundum ire.* Item testatur *Walter. lib.* 4. *tit.* 6.

26 IV. Amittitur emphyteusis, si emphyteuta rem emphyteuticam, irrequisitó Dominó, alienaverit, *l. fin. Cod. de Jure emphyt.* licèt enim emphyteuta Jus suum alienare & vendere possit; priùs tamen id debet Domino directo denunciare, & hujus consensum requirere, *d. l. ult.*

Concord. *Jus Austr., teste Walterò, lib.* 4. *tit.* 16. *Einem jeden solden oder Zinsz. Mann* &c. i. e. *cuilibet Emphyteutæ licet fundum emphyteuticum aliosve citra Domini contradictionem vel intercessionem vendere: ita tamen ut venditio Domino, hujusve curatori vel judici (pfleg oder richter) priùs denunciandа sit.*

Quod adeò verum est, ut Dominо directo liberum sit, rem, ita commissam revocare, etiam nullò pretiò, emptori restitutò. Doctores in *l.* 3. *Cod. de Jure Emphyt. Carpz. part.* 2. *const.* 38. *def.* 13. *num.* 1.

Cæterum, si emphyteuta alienationem denuntiaverit; & dominus per duos menses consensum suum non declaraverit, poterit is, citra periculum commissionis, emphyteusin pro libitu, cui velit, vendere, *d. l. fin. Zoës. loc. cit. n.* 100. *Fünfterwald. l.* 2. *Obser.* 47. Interim tamen Dominus non tenetur quemcunque, ab emphyteuta præsentatum, acceptare, & emphyteuta venditionem tamdiu obligatur suspendere, donec emptorem invenerit, quem Dominus rationabiliter repellere nequeat, *Walter loc. cit. tit.* 16. *Desgleichen* &c. i. e. *Similiter, cum Dominus rationales habet causas, cur emptorem in locum Emphyteutæ admittere nolit; tunc potest venditionem tamdiù suspensam tenere, donec idoneus emptor vel emphyteuta (stifftmann) sibi præsentetur. Fünfterw. loc. cit. n.* 7. ubi adhuc latiùs hac de materia scribit, & adhuc illud memoriâ dignum existimavit, quòd, licèt prædium emphyteuticum meliorationibus auctius, & pinguius reddatur; canon tamen, litteris emphyteuticis comprehensus à domino augeri non possit, & melioramenta in commodum emphyteutæ cedant *Borcholt. de Feud. cap.* 3. *n.* 13. *Carp.* 2. *Const.* 38. *def.* 22. *n.* 4. *Fünfterwald. lib.* 2. *obs.* 89. ibi: *Ob ein Grund Herr seine Unterthanen mit dem Grund-Dienst steigern mæge?*

Concord.

Concord. *Walter lib.* 4. *tit.* 4. *Wann der Unterthan* &c. i. e. *Cum emphyteuta sub emphyteuticâ præstatione certâ fundum tenet; fundus autem ita possessus melioratione auctior fit; non idcirco debet Dominus ullam novam præstationem imponere, nec canonem olim constitutum in majorem mutare; verùm debet impositâ jam olim præstatione contentus esse.*

27 V. Finitur emphyteusis culposâ, & insigni rei deterioratione, utpote, ob quam Emphyteuta omni suô Jure cadit, *Nov.* 120. *cap.* 8. & *auth. Qui rem Cod. de SS. Eccles.* ut si arbores, fructiferas etiam, quas ipse posuit, incideret, sylvas extirparet, vineas devastaret, vel agros substrueret. &c. *Gail.* 2. *obs.* 67. *n.* 7. *Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 52. Ratio est, quia legi contractûs non satisfacit, quæ est, ut nomen ipsum sonat, rem meliorare. *Zoes. ff. locati conducti. Mynsing. cent.* 6. *obs.* 86. *Carpz. part.* 2. *const.* 38. *def.* 23. Requiritur tamen, ut ista deterioratio dolô, latâ, vel saltem levi culpâ facta fuerit. *Menoch. de arbit. Jud. cent.* 1. *lib.* 2. *cas.* 78. Siquidem, ob culpam levissimam, in Rei emphyteuticæ deterioratione commissam privationis pœnam emphyteuta subire non debet, *Carpzov. loc. cit. n.* 5.

Sed quid? *si pars duntaxat fundi deteriorata fuerit, an tota emphyteusi privandus erit?* Sunt qui *docent*, non, nisi pro parte, privandum esse, ex ratione, quòd pœna commensuranda sit delicto, *arg. l. Sancimus Cod. de pæn. Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 51. *Zoes. n.* 98. *Carpzov. loc. cit. num.* 9.

Verùm, *Consuetudine Austriacâ* contrarium receptum est, secundùm quam, bona emphyteutica raro dividere, aut nunquam, concessum est, *Walter lib.* 4. *tit.* 14. ibi: *Wann ein Dienst-Mann* &c. i. e. *Cum ex negligentia vel prava Emphyteutæ œconomia fundus deterior vel inutilis sit, tunc potest Dominus, juxta morem provinciæ, novam ei Emphyteusin imponere, (die zustifftung aufferlegen.)*

§. ITEM QUÆRITUR. 4.

Enumeravimus aliquot similitudines, quæ inter locationem conductionem, & emptionem venditionem intercedunt, jam in *hoc* §. proponitur facti species, in qua dubitare possis, num emptio venditio, num locatio conductio sit? est autem talis: cum auri fabro conveni, & pactum feci, ut ex suo auro mihi conficiat annulum, & ego velim ei dare 10. *Quæstionis* est, *an ex tali negotio consurgat emptio venditio: an verò locatio conductio?*

Cassius autumabat, materiæ esse emptionem venditionem, operæ verò locationem conductionem, rationem pro se habeat istam, quia, licèt quoad aurum dici posset emptio venditio, quòd interveniat pretium: quoad operam tamen emptio venditio dici non potest, cùm nemo dicatur vendere, sed locare operam, *l.* 22. §. 2. *ff. locati.*

Verùm, hôc non obstante, *Justiniano* placuit, tantùm emptionem venditionem contrahi, *ratio* redditur à *Pomponio in l.* 20. *ff. de contrah. empt.* ubi ait; *non posse ullam locationem esse, ubi materia non datur ab eo, cui res fiat*, ergò, cùm aurum non fuerit datum auri fabro, non locatio conductio, sed emptio venditio erit, quasi aurifaber suum aurum certô pretiô vendiderit. *Manz. n.* 4. *hic.* & *Harp. n.* 2. Qui posterior solide docet, semper *distinguendum* esse, utrùm is, qui sibi aliquid fieri petit, etiam aliquid det, ex quo id fiat; nec ne? Nam, si aliquid dederit? erit emptio venditio, *Arg. d. l.* 20. Unde, si conveniat inter me, & Titium, ut mihi numerum

aliquem tegularum pro certa quantitate pecuniæ præbeat. Si tegulæ ex meo fundo fiant, locatio conductio, si ex fundo Titii, emptio venditio erit.

Sed, qualis erit contractus, si tecum conveniam, ut in fundo meo domum mihi ædifices, & omnem materiam suppedites? Erit locatio conductio *arg. l.* 22. §. 2. *ff. locati*, quia aliquid dedi, puta, fundum, & aream, quæ dicitur maxima pars domûs, *l.* 98. §. *ult ff. de Solut. Menoch. de retinend. poss. remed.* 4. *n.* 16. *Harp. Inst. hic. n.* 4.

§. CONDUCTOR. 5.

30 Quæritur in *hoc* §. ad quid conductor obligetur? ℞. *Imperator* generaliter, quòd omnia secundùm legem conductionis (hoc est: secundum *pacta* & *conventa*) facere debeat, quia contractus ex conventione legem accipiunt, *l.* 23. *ff. de R. J.* Quòd si autem nulla pacta inter locatorem, & conductorem intercesserint, tunc ea præstanda sunt, quæ æquo, bono congrua sunt, iste enim contractus est bonæ fidei, adeòque in ea multa veniunt præstanda, de quibus inter partes conventum non est, modò æquitati conveniat, *Manz. num.* 2.

31 *Quæres, qualem culpam conductor teneatur præstare?* Dixeris, levissimam per *text. hic.* ubi disertè dicitur, à conductore talem custodiam desiderari, *qualem diligentissimus Paterfamilias suis rebus adhibet.*

Verùm, hôc non obstante, communi harmoniâ D D. obtinet, conductorem non, nisi ad levem culpam præstandam, obligari. *Text.* satis aperti habent in *l.* 3. §. 1. *ff. Nautæ, caupones, &c. l.* 9. §. 3. *l.* 11. §. 3. *l.* 13. §. 1. *ff.* & *l.* 28. *Cod. h. t.*

Prætereà, *suprà* pro regula statuimus quòd levis tantùm præstetur culpa, si contractus utilitatem utriusque respiciat; talis autem contractus est locatio conductio, *l.* 5. §. 3. *ff. commodati.* ergò *Clariss. D. D. Franz. n.* 39. *h. t. Manz. n.* 19. *Harp. n.* 8. & *communiter omnes.*

Ad rationem dubitandi ℞. quòd *Superlativus* ibi positus sit pro *positivo*, prout omnes ita interpretantur. Vel dic, *text.* loqui de tali conductore, qui se per expressam conventionem ad exactissimam diligentiam obligavit.

Casum fortuitum conductor non præstat, *text. hic.* quælibet enim res perit suo domino, *l.* 9. *Cod. de pignor. Act.* 32

Limitatur I. Nisi casum in se expresso pactó susceperit, tunc enim contractus ex conventione legem accipit, *l.* 1. §. 6. *ff. deposit.* 33

Limitatur II. Nisi conductor in mora restituendi fuerit, mora enim cuique nocet, *l.* 47. §. *fin. de le[illegible]*.

Limitatur III. Ni[illegible] casum præcesserit culpa conductoris, tunc enim casum præstat, cujus culpa notabiliter præcessit, *l.* 3. *Cod. de peric. tut. Clariss. D. P. Konig. ad decret. h. t. n.* 23. ubi non referre, ait, ex culpa propria Conductoris, sive ex culpa famulorum vel domesticorum contigerit casus, *l.* 11. §. *fin. ff. h. t. l.* 27. §. 9. *ad Leg. Aquil.*

Prætereà conductor obligatur l. ad solvendam locatori integram mercedem, *l.* 25. *l.* 58 *ff. h. t.* & quidem post moram cum usuris, 32 §. 2. *ff. de Usur. l.* 13. *Cod. h. t.* Concord. *Jus Austriac. teste Walter. lib.* 2. *tit.* 5. *circa finem*: Ibi: *Wann der*, &c. i.e. *Cùm conductor mercedem promissam tempore terminoque definito non solvit; tunc tenetur Domino seu locatori usuras à tempore solutionis faciendæ, ipsamque mercedem præstare.* Est autem merces illo tempore solvenda, de quo inter partes conventum est, *l.* 34. *ff. de R. J.* vel quo tempore consuetudo obtinet, *d. l.* 34. & 34

l. 8.

l. 8. *Cod. h. t.* Quod si nulla sit consuetudo, nulla intervenerit conventio, solutio mercedis præstanda est in fine anni, vel temporis, locatione præfixi. *Bald. in l. Divortio ff. solut. Matrim. Walter. loco citato.* ibi: *Die rechte Zeit* &c. i. e. *Terminus est is quem contrahentes constituerunt, ubi autem de eo nihil est conventum; tunc conductor mercedem non ineunte sed exeunte non solvere tenetur.*

II. Obligatur *Conductor*, re conducta ita uti, ùt decet bonum patrem familias, *text. hic.* & *l.* 25. §. 3. *ff. h. t.* Unde si levi ipsius, vel domesticorum culpâ, *Seræ*, *Fenestræ*, *Fornaces*, & similia fracta sint, vel domus combusta, aut res locata deterior facta fuerit, damnum resarcire debet. *l.* 43. *ff. h. t. Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 23.

III. *Conductor* obligatus intra tempus conductionis à contractu non recedere, ita, ut si recesserit nihilominus ad totius temporis pensionem teneatur, *l.* 55. §. *ult. Locati conducti.* Nisi justa emigrandi causa subsit, qualis esse censetur. I. Si domus ruinam minetur, *l.* 7. §. *ult. ff. h. t.* II. Si domus infestetur spectris, *Gomez. var. resol. tom.* 2. *cap.* 9. *num* 3. *Covar. resolut. lib.* 4. *cap.* 6. *Brunnem. in d. l.* 27. §. *ult.* III. Si bellum, vel si pestis ingrueret. *Gail. lib.* 2. *obs.* 23. *n.* 7. His, & id genus aliis casibus conductor obligatur tantùm ad pensionem pro rata. *Carpz. part.* 2. *Const.* 37. *def.* 10. *Manz. Inst. hic. n.* 8. *& seqq.*

35 *Locator* obligatur I. ad præstandum liberum rei locatæ usum, *l.* 15. *ff. h. t. l.* 24. §. *eod.* II. Ad rem locatam, sumptibus reficiendam, *l.* 25. §. 2. *h. t.* Forte, quia *ostia*, *scalæ*, *fenestræ*, *fornaces* &c. successu temporis, & vetustate deterioratæ sunt. III. Locator obligatur ad resarciendum damnum, conductori illatum ex re vitiosa locata, quod procedit tantùm in eo casu, quo scivit rem esse vitiosam, *l.* 19. §. 1. *ff. h. t.* ubi dicitur, quod si quis ex *ignorantia* locaverit *pascum saltuosum*, in quo nascuntur *herbæ malæ & pestiferæ*, ex quibus *pecora demortua* sunt, ad *resarciendum damnum* non teneatur; *mercedem* tamen remittere debeat. *Brunnem. in d. l.* 19. §. 1. *n.* 4.

Dices: in *d. l.* 19. §. 1. statuitur, quòd si quis *dolia vitiosa*, NB. *ignarus* locaverit, & deinde *vinum effluxerit*, teneatur in *id*, quod *interest*, *nec ignorantia* ejus sit excusata ℞. *Text.* intelligendum esse de eo, qui artem vasorum profitetur, in tali enim error circa artem est improbabilis. *Zoës. ff. h. t. n.* 29. *Brunnem. in d. l.* 19. §. 1.

IV. *Locator* obligatur ad restituendas *Impensas*, à conductore factas, *l.* 55. §. 1. & *l.* 61. *ff. h. t.* quod tamen procedit de *impensis necessariis*, & *utilibus*, puta, si in equo conducto, ferreæ soleæ factæ, vel pro curatione ejus aliquid expensum, *Clariss. D. P. Konig. loc. cit.* 20. poterit autem conductor impensas vel de mercede, nondum soluta, deducere, vel rem conductam tam diu retinere, donec impensarum nomine satisfiat *d. l.* 61. Vide, quæ de impensis latiùs dicta sunt. *Lib. II. Tit. l. num.* 51. *& seqq.*

Controversia non levis est, *cujus sit damnum? locatoris, an conductoris, si domus conducta incendiò conflagarit?*

Certum est I. Conductorem non teneri, ad damnum aliquod resarciendum, si incendium casu fortuitò, & sine ejus culpa exortum sit, v. g. *per fulmen*, *milites*, *aut malitiam exterorum hominum*, casum enim fortuitum conductor non præstat.

Certum est II. Si incendium latâ, vel levi conductoris culpâ excitatum fuerit, conductorem, & damno resarciendo,

ciendo, obligari, levem enim culpam præstare tenetur, prout paulò antè diximus.

36 In eo tantùm rotatur *difficultatis* cardo, si nescitur, *an culpâ, an casu incendium coortum sit, ad quem tunc damnum pertineat, & quis probare debeat, culpâ, vel casu incendium consurrexisse?*

Sunt, qui onus probandi rejiciant in *conductorem*, ex ratione, quia (*inquiunt*) locator habet pro se præsumptionem Juris, *l. 3. §. 1. ff. de officio Præfect. Vigil.* ubi dicitur, quòd incendia plerumque culpâ inhabitantium fiant. Jam, qui habet præsumptionem Juris pro se, ille rejicit probandi onus in adversarium; *l. ult. ff. quod met. caus.* Ita *Fachin. l. 1. cont.* 87.

Verùm *contraria sententia*, quæ onus probandi locatori injungit, benigniores calculos tulit, teste *Gail. lib. 2. obs. 21. P. Engel ad decret. h. t. n. 7. Arumæ disp. 24. quæst.* 10.

Ratio, sola, sed solida est, quia triviale est, quòd actori incumbat probatio, *l. 2. ff. de probat. & l. 4. Cod. de edendo*, & culpa vel delictum non præsumatur, sed probari debeat, *l. Meritò ff. pro socio.* Vide etiam *Menoch. lib. 2. de Arbit. cas.* 390. & *l. 6. præsumpt. 61. n. 31.* Item *Carpzov. de Criminal. quæst. 39. n. 28. Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 18. lit. C. Brunnem. in d. l. 3. §. 1.*

37 Ad *Rationem* dubitandi ℞. quòd, licèt in legibus, pro anteriori Sententia allegatis, dicatur, incendia plerumque culpâ inhabitantium fieri; non tamen exinde mox inferri posse: esse præsumptionem de tali culpa, quæ ex contractu locationis præstanda venit, cùm possit esse culpa levissima, quæ obligationem resarciendi damnum, non inducit. Deinde, licèt in *l. Si vendita. ff. de peric. & commod. rei vend.* dicatur, negligentiâ servorum potuisse cooriri incendia: malè tamen domino imputatur culpa, siquidem commune est Doctorum dogma, Dominum non aliter teneri ex delicto sui famuli, quàm si delinquat circa officium sibi commissum, *arg. l. 1. §. Familiæ ff. de Publican.* Sic, si stabularius in stabulo candelam negligenter custodierit, Dominus de resarciendo damno tenebitur, eò quod culpæ nota sit negligentis hominis operâ uti. Quòd si verò stabularius in culina aliquid coxerit, & ibi per incuriam domum incenderit, nullatenus imputandum Domino, cùm stabularius extra suum officium deliquerit, *Gail. l. cit. n. 6.*

§. MORTUO. FIN.

Locatio conductio finitur variis modis. I. Mutuò consensu, *fin. quib. mod. toll. oblig. & arg. l. 35. ff. de R. J.* 38

Q. *An morte Locatoris, vel conductoris solvatur?* Dixeris, quòd sic, quia mors omninò solvit *Nov. 22. cap. 2.*

Verùm, contrarium hic deciditur, ita, ut tam conductoris, quàm locatoris hæres locationi conductioni usque ad tempus conventum stare teneatur. Conductoris, quia succedit in omne Jus defuncti, *l. 27. ff. de acq. vel amitt. hæred.* & contractus semper censentur ita iniri, ut etiam includantur hæredes *l. 12. l. 49. ff. de V. O.* Locatoris, quia contra factum defuncti venire non potest, *l. 3. Cod. de reb. alien. non alien.*

Ad rationem dubitandi ℞. illam regulam procedere in *personalibus*, &c. non in realibus aut in contractibus, *Manz. hic.*

II. Finitur locatio - conductio lapsu temporis præfiniti, quia ad tempus concessa, post hoc elapsum censentur negata, *l. 13. §. ult. ff. h. t.*

III. Si

III. Si res locata ante finitam locutionem vendatur: emptor tamen aut quivis alius successor singularis locationi stare non tenetur nisi eô pactô rem acquisierit, *l. 9. C. h. t. l. 12. ff. eod.* ratio, quia non representat personam venditoris, *Zoes. ff. h. t. n. 40. Covar. 2. Var. resol. cap. 15. num. 1. Carpz. Part. 2. Const. 37. Defin. 4. num. 3.* Hinc etiamnum illud vulgare brocardicon: *Kauff gehet vor Miethe.* Concord *Jus Austriac.* teste *Walter lib. 2. tit. 5.* ibi: *Wann der Bestand-Herr* &c. i. e. *Cum locator vendit rem locatam, debet conductor emptori cedere: nam cedere nolentem potest expellere emptor; quia emptio venditio rumpit locationem. Sutting. in Manu Script. Lit. K.* ubi refert, ita judicatum esse.

Interim, ne rei locatæ venditio conductori nociva sit, poterit contra locatorem actionem ad interesse intentare, quanti nimirum sua interest, rem locatam ante lapsum temporis venditam esse. *l. 2. §. 4. l. 30. & l. 33. ff. Locati Fonster. wald. l. 2. obs 18. n. 6. Gomez. Var. resol. tom. 2. cap. 3. n. 9. Zoes. loc. cit. n. 41. Berlich. Part 2. concl. 45. n. 10. Perez. ad Cod. de Locat. cond. n. 16.*

Concordat *Jus Austriac. Loc. cit. doch stehet dem,* &c. i. e. *potest tamen conductor mercedem jam antè solutam, pro ratione temporis per quod rem tenuit repetere, nec non id quod interest adversus locatorem persequi ob successionem non prævisam.*

IV. Si locator rem locatam propter supervenientem, & ante non prævisam causam probet, propriis suis usibus domum suam esse necessariam, v. g. si domus, in qua habitavit, incendiô perierit, vel si uxorem duxerit, & familiam habere incipiat, *L. 3. Cod. h. t. Zoes. ff. eod. n. 33 Fonsterwald. lib. 2. obs. 17. 33. n. 3.*

V. Si domus egeat necessariâ refectione, *d. l. 3.*

VI. Si conductor re locatâ malè utatur, *d. l. 3. Sichard. ibid & Menoch. de Arbit. cas. 78.* fortè, quia domum multùm deteriorat, trabes incidit, ostia confringit, fenestras destruit, vel etiam in domum conductam meretrices inducat, cùm & talis deterioret rem conductam, *l. non aliter ff. de usu. & habitat.*

VII. Si mercedem conventam constitutô tempore, vel, (si certum solutionis tempus non fuit adjectum) intra biennium non solverit, *d. l. 3. Cod. h. t.*

TITULUS XXVI.

DE SOCIETATE.

SUMMARIA.

1 *Quid sit Societas?*
2 *Socius Socii mei non est Socius meus.*
3 *Quomodò differat Societas à Communione?*
4 *Societas alia universalis, alia est particularis.*
5 *Natura Societatis est ut Lucri, & Damni Communicatio æqualis fiat.*
6 & 7 *Tractantur pacta Societati adjici solita.*
8 *An valeat hoc pactum, ut quis lucri partem ferat: damno autem non teneatur?*
9 *Leonina Societas?*
10 11 12 13 14 *Explicantur modi, quibus Societas solvitur?*
15 *Quam culpam Socius Socio præstet?*

Kees ad Instituta,

1 Tertia species *Contractuum*, consensu initorum est *Societas*, quæ nostrâ vernaculâ vocatur *eine Gewerbs-Gemeinschafft*, & *definitur*, quòd sit *Contractus Juris gentium*, *nominatus bonæ fidei*, *solò Consensu eò animò initus*, *ut res*, *operæve honeste earumque rerum lucra*, & *damna inter socios communicentur.*

Dixi I. (*Cætera enim vocabula ex dictis* recipiunt sui *cognitionem*) *solò consensu*, quia simul, atque de communicandis lucris, & damnis partes consenserunt, societatis contractus perfectus, atque absolutus esse, dicitur; nec opus est *Scripturâ*, *Solemnitate verborum*, *aut Rei Traditione*, *L.* 2. §. 1. *ff. de O.* & *A. Manz. n.* 17. *Harp. n.* 6.

2 *Requiritur* autem *consensus* in tantum, ut Socius mihi esse non possit, quem ego Socium esse nolui. Unde regula nata est: Socius Socii mei Socius meus non est, *L.* 47. §. 1. *ff. de R. J.*

Dixi II. *Eò animò initus*, contractus enim Societatis non inducitur, si absque animo, & affectione Societatis contrahendæ, aliquis in communionem incidit, sic v. g. si duobus una, & eadem res legata sit in aliquo testamento, vel, si duobus eadem hæreditas relicta sit. Societas non contrahitur, sed communio; ratio, quia animus deficit, *Chlingensperg. Quæst.* 1. *ob. 1m. h. t. Harp. n.* 8.

3 *Dixi* III. *Ut res*, *operæve*; ratio, quia Societas aliter rata non est, nisi ab utraque parte, res, vel opera, vel ab una parte res, ab alia verò opera in Societatem conferatur; *ratio rationis*, quia substantialia ab actu abesse non possunt, atqui substantialia Societatis sunt *Consensus*, & *communicatio lucri*, *damni*, ergò, *Man. n.* 19. ubi infert, si quis neque operam, neque rem in Societatem intulerit, magis esse *Dominationem* quàm *Societatem*.

Dixi IV. *Ut lucra*, & *damna inter Socios communicentur*, principalis enim Societatis finis est, ut omnia lucra, & damna inter Socios, Jure quasi Fraternitatis, communia sint, in hoc differt ab aliis contractibus.

Ad Principium.

4 *Dividitur* Societas in *universalem*, & *particularem*. Universalis dicitur, qua inducitur universarum rerum communio, hoc est, qua communicantur omnia bona, quæ Socii habent, non tantùm *præsentia*, sed etiam *futura*, non tantùm *acquisita*, sed etiam *acquirenda*, nullâ factâ differentia; sive *ex prospera fortunâ*, sive *ex industria*, sive *ex contractibus*, sive *ex ultimis voluntatibus* proveniant, *L.* 3. §. 5. *ff. pro Socio*, & hoc in tantùm.

Ampliatur, ut bona, quæ Socii tempore contractûs possident, ipso Jure sine apprehensione, aut traditione communicentur, & eorum dominium in socios hinc inde transferatur, *L.* 1. §. 1. & *L.* 2. *ff. pro Socio.* Ratio porrò est, quia omnium rerum, quæ in patrimonio cujusque socii sunt, traditio valde foret difficilis, & sine magno incommodo fieri non posset; ideò, utilitatis causâ Jura fingunt traditionem, & apprehensionem intervenisse, *d. l.* 2. *Schamb. Inst. hic.*

Dixi *bona*, *quæ Socii tempore contractûs possident*; ea enim, quæ post contractum acquiruntur, ipso Jure non communicantur, *l.* 74. *ff. pro Socio. Harp. n.* 16. *Manz. n.* 4. *Brunnem. in l.* 1. *ff. eod.* Rationem differentiæ *Zoes. ff. pro Soc. n.* 6. reddit istam, quòd traditio rerum in universali initio sit difficilis, ut lex eam pro facta habeat: non etiam sit difficilis eorum, quæ posteà acquiruntur.

Particularis

Particularis Societas vocatur illa, qua res singularis aut res plures quidem, sed nominatim expressæ communicantur, v. g. quando duo pluresve super aliqua certa, *& speciali negotiatione* (veluti *vini, frumenti, olei emendi, vendendive*) conveniunt, & hæc Societas ultra rem, in Societatem deductam, & negotiationem ejus non extenditur, limitata enim causa limitatum producit effectum, *Manz. n. 9.*

§. ET SIT. I.

5 Natura Societatis potissimum in eo consistit, ut lucri, & damni fiat communicatio æqualiter, pro contributione scilicet quantitatis, ita, ut inæqualis contributio faciat etiam portiones inæquales; quia æquum est, ut is, qui plus contulit, etiam plus percipiat, *L. 6. ff. pro Socio.* Unde, si Titius contulerit 200. fl. Sejus verò 100. hoc in casu spectant ad Titium duæ partes lucri, & damni, ad Sejum verò una pars lucri & damni, *Manz. & Schneid. hic.*

Quòd si aliter conventum sit inter Socios, quales nimirùm debeant esse partes lucri, & damni, conventioni standum, eò quòd pacta dent legem contractibus, *cap. 85. de R. J. in 6.* & æquitati nihil magis conventionibus bonæ fidei id custodire, quod inter contrahentes actum est, *L. 1. §. 6. depositi. l. 11. §. 1. ff. de act. empt. Funsterwald. lib. 2. obs. 87. num. 2. Carpz. Jurisprud. forens. Part. 2. const. 39. Def. 39. num. 4.*

AD VERS. NEC ENIM.

6 Quandoquidem dictum est, pacta Societatis esse servanda, ideò nunc in specie hic nonnullis pactis dubitatur, num, *Societati adjecta, valeant?* & I. *Q. an tale pactum inter socios subsistat, ut ad unum duæ partes & lucri, & damni pertineant, ad alium tertia?*

Resp. Imperator hic: *nunquam fuisse dubium, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes, & lucri, & damni pertineant; ad alium tertia.*

Verùm hac generali, & indistinctâ Imperatoris constitutione non obstante, *Harpprechtus & Manzius* cum pluribus aliis rectiùs statuunt, *Decisionem Imperatoris* non aliter procedere, quàm, si is, qui plus lucri, & damni habet, plus pecuniæ, vel operæ Societati contulerit, *L. 29. ff. pro Socio*, ibi: *Si modo aliquid plus contulit Societati*; ratio est, qui alias tale pactum induceret inæqualitatem, quæ naturæ Societatis contraria est, licèt proinde noster §. *indistinctè* loquatur, temperamentum tamen recipit ex *d. l. 29.*

§. DE ILLA. 2.

Quæritur *hic*, *an in Societate talis conventio valeat, ut ad Titium duæ partes lucri, & tertia damni: ad Cajum verò duæ partes damni, tertia lucri pertineat?* 7

Quintus Mutius putabat, id genus conventionum Societati contrariari, ex ratione, quia in Societate æqualitas observanda est, *l. 63. ff. pro Socio.*

Verùm, *Servius Sulpitius negavit*, hoc pactum contra naturam Societatis esse, ex ratione, hic subjunctâ: *quia sæpè quorundam ita pretiosa est opera in Societate, ut eos, justum sit, conditione meliori in Societatem admitti*; hoc est, quia sæpè fieri potest, ut ex Sociis unus duntaxat operâ suâ societati prosit, ut æquissimum sit, plus illum lucri percipere, quàm alterum otiosum, vel minùs industrium. Putabat itaque *Sulpitius*, posse Societatem esse æqualem, etiam partibus lucri, & damni inæqualibus constitutis, ratione scilicet vel rei, vel operæ quam alter copiosiorem in societatem infert, *Manz. n. 4. Harp. n. 12.*

AD VERS. NAM ET ITA.

8 In *hoc* ℣. Imperator ulteriùs confirmat *Sulpitii* Sententiam argumentô ductô à majori ad minùs; aitque, ita coiri posse Societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit; ratio, quia sæpè opera alicujus pro pecunia valet, ergò multò magis valebit Societas: si uterque pecuniam contulerit; & conventio facta fuerit, ut ad alterum duæ partes lucri, & tertia damni, ad alterum duæ partes damni, & tertia lucri pertineat.

Cæterùm, si una pars pecuniam conferat; & altera duntaxat operam, finitâ Societate sors ipsa, seu capitale non venit in communicationem, sed sors revertitur ad dantem, & solum lucrum communicatur, *L.* 52. §. 2. *ff. pro Socio. Schneid. in* 5. *Harp. n.* 26. *Fünfterwal. l.* 2. *obs.* 87. *n.* 6. *Zoes. loc. cit. n.* 21.

AD VERS. ET ADEO.

In *hoc* ℣. Quæritur, *utrùm valeat Societas, hôc pactô inita, ut quis lucri partem ferat, de damno autem non teneatur?*

In hac quæstione tantô inter se dissidiô colliduntur Doctores, ut tot ferè sint *Sententiæ*, quot *Capita*; enimverò,

Sunt, qui tale pactum valere *putant*, ita tamen, ut tanti sit opera Socii, quanti verisimiliter damnum foret, si pecuniam contulisset. Ita *Wesemb. Inst. h. t. n.* 3. rationem assignat istam, quia satis perdit ille, qui operam suam perdit.

Sunt alii, qui tale pactum valere, absolutè *negant*, ex ratione, quia usurariam pravitatem sapit, eò quòd pecunia non tam communicetur, quàm potiùs alteri mutua detur sub lucro, quod forte salvâ mera usura est. Ita *Zoes. ff. pro Socio. Gail.* 2. *obs.* 24. *n.* 5.

Sunt iterum alii, qui censent, valere tale pactum non quidem Jure *Societatis*, sed Jure *Conventionis*, tribuentis legem contractui. Ita *Manz. h. t. n.* 19. ubi ait, licèt respectu ejus qui omne damnum sustinet, tale pactum videatur sapere inæqualitatem, ei tamen, utpote volenti non censeri, injuriam fieri, *arg. cap. Scienti* 27. *de R. J. in* 6.

Sunt denique qui aliter sentiunt, sicuti *Harp. Inst. hic. n.* 15. *Bach. vol.* 1. *disp.* 27. *thes.* 9. *Lit. B. Brunnem. in L.* 29. §. 1. *ff. pro Socio.*

Sanè, illa conventio, ut alter Sociorum omne lucrum ferat, alter verò omne damnum, Societati contraria, & invalida est, utpote Leonina, *l.* 29. §. 2. *ff. h. t.* vocatur autem *Leonina*, quia iniquissimam illam sapit *Divisionem*, quam *Leo* cum *Vulpe* fecisse fertur, cùm enim Leo, & vulpes prædam communem occupâssent; hanc Leo instituit divisionem. I. (inquit) pars erit mea ratione Societatis, tecum initæ. II. itidem mea erit, quia majorem tuâ contuli operam. III. verò pars similiter mihi remanebit, quia te sum fortior; & IV. partem qui mihi eripuerit, amicus meus non erit. *Harp. n.* 19. 9

§. ILLUD. 3.

Illud ex *hoc* §. habes, quod colligas nimirùm in casu, quo partes in una *Causa* (v. g. *Lucri*) sunt expressæ, altera verò (v. g. *Damni*) omissæ; Illas in causa omissa partes censeri repetitas, quæ in altera causa expressæ fuêre: *contrariorum* enim eadem est *disciplina*.

§. MA-

§. Manet. 4.

Visò, quomodò *contrahatur*, sequitur, quomodò *dissolvatur*, & *finiatur* Societas?

Finitur autem I. *Renuntiatione*, quæ,
10 si sit *mutua*, & *reciproca*, illicò facit, dissociari Societatem, *arg. l. Nihil tam naturale*, 35. *ff. de R. J.*

Sed, quid Juris, *si una duntaxat pars renuntiaverit*? ℞. Idem esse, cùm nemo invitus stare tenetur in Communione, *l. fin. Cod. Commun. divid.* Et hoc est speciale in Societate, siquidem in aliis contractibus, alterò invitò, recedere, concessum non est, *arg. l.* 5. *Cod. de O. & A.* Et hoc procedit, etiamsi conventum sit, ne intra certum tempus à Societate recedatur, *l.* 14. *ff. h. t.* ratio, ut evitetur *Rixarum Occasio*, quas *Communio* parere solet, *Gail.* 2. *obs.* 24. *Manz. n.* 9.

Ad Vers. Sed Plane.

Dicta procedunt, quatenus *Renuntiatio* sit *bona fide*, sine fraude, & Dolo: si enim quis *callidè*, *& malitiose renuntiârit*; ut, qui institutus est hæres, in Societate universali solus retineat hæreditatem, renuntiatio non teneret. Imò callidè renuntians hâc pœnâ afficitur, quòd teneatur lucrum, quod captavit, communicare, damnum verò, quod fortè præter spem emergit, solus perferre, *Text. hic. & l.* 65. §. 3. *ff. pro Socio.* Illud etiam lucrum, quod alter, cui renunciatum est, post renunciationem tulit, sibi soli acquirit. Damnum verò cum Socio malitiosè renuntiante communicat. *Text. hic. & d. l.* 65. §. 3. *Schneid. Inst. hic. n.* 3.

§. Solvitur. 5.

Secundò solvitur Societas *morte* etiam 11
unius Socii, *Text. hic.* eò quòd in Societate censeatur electa personæ industria, qualis contractus ad hæredes non transit, *Gail. l.* 1. *obs.* 97. *num.* 2. *Manz. n.* 4. Etiamsi, ut ad hæredes transiret, pactum aut conventio facta fuerit, *l.* 29. *ff. pro Socio*, ratio non est alia, quàm ut rixis, & discordiis, quarum mater est communio, obviam eatur, *Schneid. num.* 2. *Harp. n.* 17.

Dicta procedunt etiam in casu, quo tres, quatuor, vel plures Societatem coierunt, ut morte unius tota Societas solvatur, *Text. hic.* & *l.* 65. §. *morte ff. pro Socio.*

§. Item Si 6.

Tertio finitur Societas *Fine negotii*; 12
fac enim, quod alicujus certæ rei (v. g. *unius equi comparandi gratiâ*) contracta Societas, & istud negotium finitum sit; tunc enim ipsa quoque Societas finitur: cessante enim causâ, cessat effectus, & limitata causa producit limitatum effectum, *Text. hic.*

§. Publicatione. 7.

Quarto finitur Societas *Publicatione*, 13
si omnia Socii bona publicentur & confiscentur, quia tunc deficit materia, cujus sit Societas, *text.*

§. Item, Si Quis. 8.

Quinto solvitur Societas *Cessione bonorum*, ratio est eadem, quia deficit materia, cujus sit Societas. 14

§. Socius. Fin.

15 *Quæritur*, *quam culpam Socius Socio præstet*? & R. secundùm ea, quæ *Lib. III. Tit. XV. de Comm...ato* proposita sunt, quòd Socius Socio non præstet, nisi dolum, latam & levem culpam, eo quòd contractus Societatis respiciat utilitatem utriusque, adeoque in casu non præstatur, nisi levis culpa. *L.* 5. §. 2. *ff. Commodati l.* 23. *ff. de R. J. Dissent. Clariss. D. D. Franz. Inst. h. t. n.* 16. qui contra communem DD. Sententiam evincere elaborat, in Societate non aliam quàm *latam culpam* præstari.

TITULUS XXVII.

DE MANDATO.

SUMMARIA.

1 *Quid sit Mandatum?*
2 *Debet esse gratuitum.*
3 *Mandatarius quomodò differat à Negotiorum gestore?*
4 *Mandatum aliud est expressum, aliud tacitum.*
5 *Aliud judiciale, aliud extrajudiciale.*
6 *Aliud generale, aliud speciale.*
7 *Aliud generale cum libera, aliud generale simplex.*
8 *Mandatum contrahitur quinque modis.*
9 10 11 12 & 13 *Explicantur illi modi.*
14 *Ex consilio quando, & quomodò quis obligetur?*
15 *Mandatum contra bonos mores nullum est.*
16. *An pœna mortis teneatur, qui mandavit vulnera, & Mandatarius intulit Mortem?*
17 *Fines Mandati diligenter sunt custodiendi.*
18 *Si pluris emat Mandatarius, quàm mandatum est, actionem Mandati contrariam perdit.*
19 *An, quoad excessum, non habeat actionem Negotiorum gestorum?*
20 *Mandatum exspirat per Revocationem.*
21 *Item per mortem Mandatarii.*
22 *Item per Renuntiationem.*
23 *Ex Mandato nascitur duplex actio, directa, & contraria.*

Quarta species Contractuum, qui solò Consensu constant, est Mandatum, definiturque quòd *sit Contractus, solò consensu initus, quo negotium gratis gerendum, committitur, & suscipitur.* 1

Diximus I. *Solò Consensu initum*, quia ad sui *Perfectionem* Mandatum nihil quidquam (præter *Consensus*) requirit nullam verborum Solennitatem, neque litteras, neque alicujus rei actualem Traditionem.

Diximus II. *gratis*: Mandatum enim nisi sit gratuitum, nullum est, namOriginem ex Officio, atque Amicitia trahit, cui contraria est Merces. Interveniente igitur, Mercede, sive pecunia, non Mandatum sed Locatio, & conductio contrahi intelligitur, quemadmodum *infrà* §. 13. *h. t.* (Deo annuente) audiemus. *Harp. n.* 16. 2

Diximus III. *Committitur*, nam si quis non exCommissione sed suâ sponte Negotium alienum in alicujus absentia gerat, non dicitur *Mandatarius*, vel *Procurator*, sed *Negotiorum Gestor*, & nascitur 3

nascitur inde non obligatio, vel contractus Mandati, sed quasi contractus, scilicet *Negotiorum Gestio*, de qua in *seqq. tit.* Dein vox *committitur* etiam posita est, ad differentiam commendationis; nam si quis solùm commendat, non contrahitur obligatio, quia commendatio potiùs vim rogandi, quàm mandandi habet, *Schneid. n. 5.*

Diximus IV. *suscipitur*, quia, si negotium non ex commissione suscipiat, sed ultrò interveniat, & studii solùm causâ deferat officium, Mandati non tenetur. *Manz. n. 26.*

4 *Dividitur* I. Mandatum in *expressum & tacitum.* Illud est, quod in verbis expressis consistit, v. g. *volo*, *rogo*, *mando*, *&c.* Istud est, quod non quidem verbis apertis: sed per *Silentium*, *Patientiam*, *Ratihabitionem* declaratur, ùt, si alio pro me fidejubente, vel aliud negotium gerente taceam, videor ei mandare, ut pro me fidejubeat, negotiùmve gerat & in tali casu Mandati teneor. *l. 6. §. 2. ff. h. t. Harp. n. 22.*

5 *Dividitur II.* Mandatum in *judiciale*, *sive ad Lites*, *& extrajudiciale*, sive ad Negotia. Illud qui suscipit, plerumque Mandatarius dicitur; hoc verò qui suscipit, *Procurator* nuncupatur. Licèt non rarò ista negotia confundantur.

6 *Dividitur III.* Mandatum *in generale*, *& speciale.* Generale est, quod sine ulla negotii definitione alicui committitur, & procurationem omnium rerum, sive universorum bonorum, & negotiorum habet, *l. 60. l. 68. l. 63. ff. de Procurat.* Speciale, cùm negotium unum, vel plura (sed certa, & determinata) gerenda alteri committimus.

7 Mandatum generale subdividitur *in generale cum libera*, & *generale simplex*, sive *sine libera.* Generale simplex, sive sine libera est, cum negotia omnia simpliciter alteri committimus. Tale qui mandatum habet, simpliciter *res administrandi potestatem* consequitur, non *transigendi*, non alienandi.

Generale cum libera est, cùm liberam alteri potestatem concedimus, ea omnia faciendi, quæ ipsi verisimiliter facturi fuissemus. Tale qui habet, non simpliciter tantùm administrare; sed & *alienare*, *vendere*, *exigere*, *novare*, *solvere creditoribus* potest, & ea denique omnia facere, quæ ipse Dominus verisimiliter faceret, si adesset, *L. 58. ff. de procurat.* Excipiuntur ea, quæ speciale Mandatum requirunt, puta, *Matrimonium*, *&c. Zoes. ff. Mandatum. 2. Harp. n. 27.*

AD PRINCIPIUM.

Mandatum contraditur quinque modis. 8

I. Si Mandator, suâ tantùm gratia, aliquid Mandatario committat, sive, quando quis negotia solius Mandantis suscipit.

II. Quando quis suâ, & ipsius Mandatarii gratiâ, aliquid mandat.

III. Quando quis alienâ, sive alicujus tertii causâ, potissimùm mandat; vel, quando quis talia negotia suscipit, quæ neque ipsum neque Mandantem respiciunt.

IV. Quando Mandator, suâ, & alienâ gratiâ, aliquid mandat; vel quando Procurator negotia mixta, mandantis, & alicujus tertii suscipit.

V. Quando quis ipsius procuratoris, & alicujus tertii causâ mandat, *Text. hic.*

§. MANDANTIS. I.

Mandantis tantùm gratiâ, intervenire Mandatum, dicitur, si quis tibi 9
mandat, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres. Ratio, quia ad cognoscendum cujus gratiâ Mandatum fiat, inspicien-

inspiciendum est, cujus utilitatem concernat negotium, quod mandatur, atqui in posito casu Mandatum concernit utilitatem mandantis tantum ergo, *Manz. hic.*

§. TUTA GRATIA. 2.

10 Mandantis, & Mandatarii gratiâ, contrahitur Mandatum in *sequentibus Casibus.*

I. Si tibi mando, ut pecuniam Titio sub usuris credas, qui eam in rem meam versurus est. Ratio cur utriusque gratiâ, dicatur contractum, est, quia utriusque utilitas hic vertitur. Tua, quia usura tibi obveniunt. Mea, quia in rem, & utilitatem meam pecunia vertitur.

Duos alios casus, exempli causa ponit *Manz. hic.* ad quem te remitto. Ego (ne diu his subtilitatum nugis inutiliter inhæreamus,) puto, hoc exemplum dari posse ex quo reluceat, quando mandatum dicatur, Mandandis, & Mandatarii gratiâ, contractum, puta, si mando ut mihi & tibi emas fundum.

§. ALIENA. 3.

11 Alienâ tantùm causâ intervenit Mandatum, v. g. si quis tibi mandaret, ut negotia Titii gereres, vel, ut Titio fundum emeres.

Dices: In hoc Mandato, quod alienâ tantùm gratiâ fit, nulla versatur utilitas Mandantis, ergo mandatum esse non videtur, quia si nihil interest Mandantis, negotium expedire, non vero Mandatum, sed consilium potius esse, videtur; nec Mandati actio competit, *l.* 8. §. 3. *ff. Mandati*, *Harp. n.* 35. ℞. Liceat non vertatur utilitas Mandantis, periculum tamen ejus subest, cùm mandatum semper periculo mandantis contrahatur, & adversus eum actio Mandati detur, *Harp. num.* 36.

Dices: suprà *de inutil. stipulat.* §. 4 dictum est, quòd alteri per alterum non quæratur actio, ergò non poterit, alienâ tantùm causâ intervenire Mandatum Resp. I. Quosdam velle hoc esse in Contractum Mandati singulare. ℞. II. Non alii, quàm mandanti, ex hujusmodi Mandato acquiri actionem, & soli Mandanti Mandatarium obligari ad Mandatum illud exequendum: quamquàm utilitas hujusmodi Mandati in tertium redundet. Vides ergo quod tertio non acquiratur actio, ut *d.* §. 4. nobis non adversetur. *Schamb. hic.*

§. SUA, ET ALIENA. 4.

Mandantis, & alienâ gratiâ, intercedit Mandatum, si v. g. mandet tibi Mævius, ut sua, & Titii communia negotia geras. 12

§. TUA, ET ALIENA. 5.

Mandatarii, & alienâ gratiâ, intercedit Mandatum, si v. g. mando tibi, ut Titio sub usuris credas. Ratio, quia tibi, & Titio principaliter prodest. Tibi quia usuras recipis. Titio quia ejus necessitati consultum.

§. TUA TANTUM. 6.

Mandatarii tantùm gratiâ Mandatum fit, si v. g. *Titio mandem, ut pecuniam suam in emptiones prædiorum potiùs collocet, quàm sub usuris mutuas det.* Verùm hoc propriè Mandatum non est, unde etiam *non obligatorium*, quia est *Consilium.* Ex consilio autem quis non obligatur, *cap.* 62. *de R. J. in* 6. & *l.* 47. *ff. eod.* Ratio, quia consilium, non necessitas est ita, ut quis illud cogatur sequi. Et unusquisque potest ac debet diligenter explorare, an expediat sibi consilium? *L.* 2. *ff. Mand. Schneid. hic. n.* 2. 13

Diximus:

14 **Diximus: ex consilio neminem obligari.** Verum cùm id *indistinctè* non procedat. Ideò referre existimo, an consilium detur contrahenti, an delinquenti?

Si contrahenti datur consilium, quod tanti ponderis est, ut aliàs non fuisset contracturus, consulens *Actione Mandati* tenetur per *Clariss. Text. L. 6. §. 5. ff. Mandati.* His verbis: *aut si non esset facturus, nisi ego mandassem? etsi mea non interfuit? tamen erit Mandati Actio. Harp. n. 4. Schamb. hic.*

Si verò consilium tale fuerit, ut contracturus tamen fuisset, refert iterum, *an fraudulentum fuerit, necne?* Si prius, tenetur consulens; veluti, cùm scires eum cui mutabam, labi facultatibus, tamen lucri tui causâ, idoneum eum affirmasti, quia tunc teneris de dolo, *L. 18. ff. de dolo malo.* Si posterius, licèt res posteà malè succedat, non tamen consulens tenetur, *d. l. 47. ff. de R. J. & c. 62. de Re J. in Schneid. n. 2.*

Si denique consilium detur delinquenti, consulens indistinctè tenetur, sive alter aliàs delictum commissurus erat, sive non; si enim non erat facturus, de bono facit malum; sin facturus erat, de malo facit deteriorem. Nec enim laudando oportet malitiam augeri, *L. 1. §. Sed. utrum. v. Non enim. ff. de serv. corrupt. Schneid. loc. cit. Manz. n. 7.*

ADVERS. ET ADEO.

Nulla Regula sine exceptione est. Diximus suprà: Ex consilio in contractu aliquem regulariter non obligari. Hoc recipit limitationem, ut procedat, si consilium indistinctè conceptum sit; secùs verò, quando certa persona designata fuit, *l. 6. §. 2 ff. Mandati,* v. g. si mando tibi, ut Titii pecunias fœneres. Ratio, quare hoc casu obligetur, est, quia non tantùm Mandatarii: sed Titii etiam causâ, Mandatum factum esse, intelligitur, & consilium non est, quando alterius, quàm Mandatarii causâ, mandatur. *Manz. n. 10.*

§. ILLUD QUOQUE. 7.

Mandatum contra bonos mores non 15 est obligatorium. *Text. hic.* & in *L. 6. §. 3. ff. h. t.* sic qui, *ut ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum,* Mandatum suscipit, nihil Mandati Judiciò consequi potest, hoc est, non habet, istius facti nomine, ullam adversùs Titium mandati actionem, neque regressum, si res malè cedat, *L. 22. §. 6. ff. eod.* Ratio, quia rerum turpium nulla est obligatio, *L 26. ff. de U. O.* imputet proinde sibi, qui tale Mandatum executus est, cùm ei parere non debuerit.

Porrò, tametsi Mandatarius contra Mandantem in rebus turpibus nullam habeat adversùs Mandantem Actionem. Interim tamen habet is, cui nocitum, & in cujus perniciem mandatum datum est, saltem Actionem contra mandantem, non quidem mandati (quia res, inter alios acta, aliis ad pariendam actionem, non prodest) sed ex delicto, cùm æquè eum violet, qui mandat delictum: quàm qui perpetrat. Unde is, qui persuasit, jussit, mandavit, ut injuria fieret, Actione Injuriarum tenetur, *L. 11. ff. de injuriis,* & qui damnum alterius procuravit, utili Actione Legis Aquiliæ conveniri potest, *Manz. n. 7. Schamb. hic. Chlingensperg. Quæst. 6. obj. un. h. t.*

Controversia non levis est, *an is qui mandavit, hominem vulnerari tantùm protestans, prohibensque disertè ne occidat, si, cùm Mandatarius occiderit, ordinariâ L. gis Corneliæ de Sicariis pænâ teneatur?*

Affirmativæ subscribunt non infimæ notæ Authores, *Zoes. ff. Mandati n. 11. Menoch. 2. Arbit. cas. 352.*

Moventur I. quia quoties quis aliquid facit, ex quo cogitare potest, mortem subsecuturam, vel subsequi posse, toties ultimò suppliciò tanquam homicida, afficiendus est, *L. 6. Cod. ad L. Jul. de Sicar.* atqui ex vulneribus mors subsequi potest, cùm vulnera non dentur ad mensuram, ergò.

II. Nihil interest quoad pœnam *Legis Corneliæ* ordinariam, occidat quis, an causam mortis præbeat, *L. 15. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* atqui is, qui vulnerari jubet, causam mortis præbet, si ex vulnere moriatur vulneratus, ergò, perinde ut homicida mortis suppliciò afficiendus erit.

III. Per *L. 38. §. Qui Abortionis ff. de pæn.* ubi afficitur capitali pœnâ qui alicui poculum abortionis, vel amatorium præbuerat, & quidem propter hanc rationem, quia ex tali poculo mors subsequi potest; ergò, cùm etiam eadem ratio in vulnere militet, idem Jus statuatur, necesse est.

IV. Dans operam rei illicitæ ad ea omnia tenetur, quæ etiam, præter exspectationem sequuntur, *arg. cap. Tua sequuntur 19.* ✠ *de Homicid. & cap. ult. eod. in 6.* atqui, qui jubet vulnerare, dat operam rei illicitæ, *L. 10. & l. 30. ff. de Homicid.*

V. Quid vult antecedens, vult etiam consequens, *L. 2. ff. de Jurid.* antecedens est vulnus, consequens est mors, ergò qui vult vulnus, mortem quoque intendisse, censetur.

Quamquàm Achilleâ fortitudine nitantur hæc *Argumenta*; ea tamen non sunt; ut recti tenacem animum in sui deditionem trahant. Assumo in negativæ sententiæ propugnatione debitore. *Hun. var. resolut. lib. 3. tract. 7. part. 4. Quæst. 5. Harp. n. 18. hic. & §. 5. de pub. Jud. n. 80. Fach. 1. c. 36.*

Ratio sola sed solida est, quia nemo pœnâ homicidii ex *L. Cornelia* afficitur, nisi qui occiderit, & animum simul occidendi habuerit. En rebelle caput; duo ad Homicidium conjunctim, puta, occidendi animus & eventus, *L. 1. §. 3. §. ad Leg. Cor. de Sicar.* ubi in hæc verba rescribitur: *eum qui hominem occidendi animo admisit, absolvi posse, & qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicidio damnandum.* Jam verò, qui mandavit vulnerare, prohibuit autem occidere, nec occidit, nec etiam animum habuit occidendi, ergò qua fronte (ais) ut homicidam damnari posse?

Accedit, quòd verba mandati strictissimè sint intelligenda, adeòque Mandatum de *vulnerando* nullatenus intelligi potest de *occidendo*.

Ad I Resp. *min.* procedere de eo casu, quo regulariter, frequenter, & facilè mors sequi potest. At, ex vulnere non facilè, non frequenter, non regulariter mors sequitur. Nam quanti (obsecro) sauciantur, qui tamen non moriuntur?

Ad II. ℞. *d. l. 15.* de eo exaudiendam esse, qui directè, dolòque malò causam mortis præbuit. Deinde, non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam, ut hoc ipsum intenderit, ejusque animi fuerit, ut mors sequeretur. Quod in nostro casu asseri non potest.

Ad III. repono I. quod ex poculo Abortionis, seu Amatorio frequenter & regulariter ferè mors sequatur: secùs ex vulnere. II. Dico id singulare esse, in poculo abortionis, seu amatorio, cùm res sit maximi mali, & pessimi exempli. Quod ergò contra regulam Juris, quòd nempe homicidii delictum sine animo, & proposito occidendi non

commit-

committat, *d. l.* 1. §. 3. constitutum est, ad exemplum, & consequentiam non est producendum, *L.* 4. & 5. *ff. d. ll.*

Ad IV. ℞. illam regulam procedere de casu, quo quis dat operam rei illicitæ, ex qua frequenter, & necessariò mors sequitur; at ex vulnere mors frequenter, & necessariò non sequitur.

Ad V. Dico: *majorem* propositionem de eo consequenti intelligendam, quod ex antecedente necessariò. Imò, ex eo vulnere, quod infligi Mandans jussit, nunquam mors sequitur, siquidem vulnus, non lethale, infligi mandavit.

§. Is, Qui Exequitur. 8.

17 In hoc §. explicatur Officium procuratoris, quod in eo consistit, ut diligenter observet *quid*, *quale*, *quantum*, *quousque mandatum sit*, si excessum fecerit, sibi facit. Uno verbô: Fines Mandati sunt diligenter custodiendi, *cap.* 27. *de Præbend. in* 6. *Nam*, *qui excessit*, *aliud quid facere videtur*, *l.* 5. *ff. Mandati.* Ideòque Mandatarius non modò nullum mandatori damnum, aut præjudicium infert, & adversus mandantem, ratione excessûs, actionem non habet, *L.* 36. *§. Mandati.* e. g. mandavit tibi aliquis, ut rem suam certò venderes, tu verò minoris vendidisti, & venditione factâ, rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in præjudicium ipsius Mandantis in emptorem non transtulisti, *L.* 12. *Cod. Mand. l.* 19. *Cod. de Procurat.* igitur non obstante Traditione rem suam vendicare Mandator poterit, nec ei vendicanti *Exceptio rei venditæ & traditæ* nocebit, cùm non ex voluntate ipsius vendita sit, ac propterea perinde habeatur, ac si vendita non esset, *l.* 1. *§.* 3. *ff. de except. rei vend.*

Sane, si emptor Mandatorem velit indemnem servare, & id, quòd definito pretio deest, superaddere, mandans rei vendicationem intentare non potest, *L.* 5. §. 4. *ff. Mandati Harp. n.* 9.

Non obstat *L.*26. *ff. de contrah. Empt.* Ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem vendidit minoris, dominium transfert. *Resp.* debitorem esse rei venditæ dominum: procuratorem, sive Mandatarium non etiam. Ille ergò faciliùs, quàm hic, dominium in emptorem transferre poterit, *Harp. n.* 7.

Ad Vers. Ut Ecce.

Quæritur in hoc ℣. quid Juris, si quis alteri mandaverit, ut fundum Cornelianum, Mandantis nomine emeret 100. aureis? ℞. rem *Distinctionis* adminiculô dirimendam esse: *vel Mandatarius certô pretiô*, *à Mandatore definitô vel pluris*, *vel minoris emit.*

Si certô pretiô à Mandatore definitô, emit, dubium nullum est, quin id à Mandatore actione mandati sit repetiturus.

Si pluris emit, certum est, quòd Mandatarius, quoad excessum contra Mandantem non habeat actionem Mandati, *text. hic.* & *in l.* 3. *ff. Mandati. Schneid. n.* 3. 18

Quæres I. *An saltem*, *quoad concurrentem summam sive summam Mandatam*, *actionem Mandati habeat? Sabinus*, & *Cassius id negabant*, sed diversæ Scholæ *Authores*, (*Nerva* scilicet & *Proculus*) rectè usque ad Summam mandatam Mandatarium acturum *existimant*; & hæc sententia veluti benignior, prævaluit, *L.* 3. §. *ult.* & *l.* 4. *ff. Mand.* Ratio, quia utile per inutile vitiari non debet, *c.* 37. *de R. J. in* 6. quoties res ipsa separationem recipit. *Manz. n.* 11.

Quæres II. An Mandatarius pro excessu non saltem habeat actionem Negotiorum gestorum? ℞. Interesse, num specialiter Mandator prohibuerit, rem majori pretiô comparari, nec ne? si prius? indistinctè tenendum, quòd Mandatarius Actionem *Negotiorum Gestorum* non habeat. Ratio, quia negotia non sunt, quæ prohibenti fiunt. *Manz. n.* 13. & Actio negotiorum gestorum non competit ei qui gessit invitô dominô. *l. fin. Cod. de Neg. Gest.*

Poterit tamen hoc in casu Mandatarius sibi consulere rei retentione & exceptione Doli mali. Ita, ut cogatur Mandans vel totum contractum approbare, vel improbare. Adeoque, vel integrum pretium solvere, vel rem totam Mandatario relinquere, *Schneid. n.* 3. Ratio, quia officium suum nemini debet esse damnosum, *L.* 7. *ff. Testam. quemad. aper.* & justum non est, ut Mandans locupletetur cum aliena jactura *cap.* 38. *de R. J. in* 6. *Manz. n.* 14.

Si mandator specialiter non prohibuerit rem majori pretiô comparari, communi autem hominum existimatione justum sit pretium, quod ipse pro fundo expendit, & sic utiliter negotium Mandatoris gessit, puta, ex æquitate saltem Mandatario competere, quoad excessum actionem Negotiorum gestorum, tum, quia, quoties negotia utiliter geruntur, actio ista competit, *L.* 2. *ff.* & *l.* 2. *Cod. de Negot gest.* tum, quia nemo debet cum alterius jactura locupletari, *cap.* 48. *de R. J. in* 6. *Schamb. hic. Manz. n.* 12.

Si denique minoris emit? tenetur tradere rem mandanti, & residuum restituere, *Text. hic.* Ratio, quia majoris summæ inest minor, *L.* 1. §. *Si stipulanti. ff. de V. O.* & plus continet in se minus, *cap.* 35. *de R. J. in* 6. Lucrum sanè retinere non potest, cùm officium Mandatarii debeat esse gratuitum, *l.* 26. *ff. Mand. Schneid. n.* 3. *in fin.*

§. Recte. 9.

20 Visô, quomodo Mandatum contrahatur, *sequitur*, quomodò *dissolvatur?*

Dissolvitur autem I. per *Revocationem*, quando scilicet Mandans, pœnitentiâ ductus, re integra, revocat Mandatum. Ratio, quia Mandatum fit plerumque in favorem mandantis; Favori autem, pro se introducto, quilibet renuntiare potest, *L. pen. C. de pact.* Quod procedit licet Mandatum tertii gratiâ contractum sit, quia res principaliter inter Mandantem, & Mandatarium geritur *Manz. n.* 6.

Illud tamen ad Revocationem Mandati validam requiritur, ut revocatio fiat, *re adhuc integra.*

Quæres, quamdiu res censeatur esse integra? ℞. tunc si necdum cœpit interesse ejus, qui Mandatum suscepit, *arg. l.* 8. §. 6. *ff. Mand.* censetur autem ejus interesse regulariter, si jam quasdam, intuitu Mandati, expensas fecit. v. g. si mandavi Titio, ut mihi ædificet domum, quamdiu lapides, & ligna non parantur res integra dicitur. Si verò lapides & ligna comparaverit, res integra ampliùs esse, non censetur, ac proinde Mandatum revocari non potest. Ratio quia mutare cum alterius jactura non licet, *l.* 75. *ff. de R. J.* nisi Mandatario refundatur id, quod suâ interest; tunc enim etiam, re non integra, Mandatum revocari potest, *L.* 8. §. 6. *ff. h. t. Schamb. hic.*

§. Item.

§. Item, Si Adhuc. 10.

21 Secundò exspirat Mandatum, si adhuc, *integro Mandato Mors alterutrius* interveniat, seu Mandantis, quia cessat voluntas, seu Mandatarii, quia electa est personæ industria, quæ personæ cohæret, adeòque ad hæredes non transitoria.

Dixi: *integrò Mandatò*, nam si res non sit integra, videtur hæredi incumbere, ut exequatur, quod cæpit defunctus, juxta regulam: hæres inchoata defuncti negotia absolvere debet, *arg. l.* 5. §. 5. *& l. Tutorem* 37. §. 1. *ff. de administ. Tut.*

Sanè, si Mandatarius ignoret, Mortem Mandantis & negotium expediat, adhuc Mandati actionem habet, *Text. hic. & in l.* 26. *ff. h. t.* ratio quia ignorantia justa, & probabilis nemini damnum debet afferre.

§. Mandatum. 11.

22 Tertiò extinguitur Mandatum *per Renuntiationem Mandatarii*, quatenus res adhuc est integra. Ratio I. quia, cum liceat Mandanti revocare, licebit etiam Mandatario renuntiare propter Jus æqualitatis: imò, plus videtur tribuendum Mandatario, utpote, qui gratuitum officium præstat. Ratio II. quia licet Mandatarius, suscepto Mandatò, statim sit obligatus, nulla tamen nascitur contra Mandatarium actio, quamdiu non interest Mandantis.

Dixi: *quatenus res adhuc est integra*, Nam, licet Mandatum suscipere, cuilibet ab initio sit liberum, susceptum tamen consummandum est. Non enim licet mutare consilium suum cum alterius detrimento, *d. l.* 75. *ff. de R. J.* & paria sunt aliquid non facere, & non idoneò tempore facere, *L.* 3. §. 7. *ff. de eo quod. cert. loc.*

§. Mandatum. 12.

Mandatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, *v. g. mando tibi*, ut *post octiduum hoc agas.* Vel, *mando tibi*, *ut si navis ex Asia venerit*, *hoc agas.* Ratio quia quilibet est rei suæ Moderator, & Arbiter: cur ergò rei suæ, aut negotio non liceat legem ponere, quam quisque vult?

§. In Summa. 13.

Ex hoc §. notabitis, de natura mandati esse, *ut sit gratuitum*, aliàs transiret in aliam speciem contractûs. Si enim datur pecunia numerata, *est locatio conductio.* Si verò certa species datur, est contractus innominatus, *facio*, *ut des*, vel *do*, *ut facias*, & ideò actio *præscriptis verbis* competit, *l.* 1. *ff. Mand.*

Sanè, si Mandatarius expeditò negotiò *Honorarium* accipiat, non vitiabitur hic contractus, quia honorarium est signum duntaxat *Gratitudinis*, & *Remunerationis*, *L.* 6. *ff. h. t.* ubi dicitur: *si remunerandi gratiâ honor intervenerit*, *erit Mandati Actio*, *Schamb. hic.*

Quæres, *si quis ab aliquo Doctore consilium petat*, *dicatque*, *quòd ipsi benè velit retribuere officium*, *& non futurus sit ingratus*, *vel etiam certum honorarium promittat*, *qualis datur Doctori contra promittentem actio*? *Resp. Mandati non*, quia hoc est gratuitum, *neque locati*, quia nulla merces est constituta, neque *præscriptis verbis*, quia *Salarium* incertum est *genere*, & *specie.* Nullum proinde remedium ordinarium competit.

Quid ergò agendum Doctori? debet ille per implorationem officii Judicis suum consequi. Unde dicitur, extra ordinem peti solet, *L.* 7. | *l.* 56. §. *pen. & l.* 1. *ff. Mand.*

Etsi enim sanctissima civilis Sapientia pretiô numerariô non sit dehonestanda, *L.* 1. §. 5. *de extraord. cognit.* labor tamen, & studium æstimationem recipit, non quidem per modum mercedis, sed honorarii. Unde ait *Manz. n.* 20. quòd Doctores, dum salarium petunt, non soleant dicere pro hoc consilio, *peto* 30. sed *exspecto Schamb. hic.*

Ex Mandato nascitur duplex actio, *Directa*, & *contraria. Directa est actio personalis, civilis, rei persecutoria, bonæ fidei, quæ datur Mandanti, ejusque hæredi contra Mandatarium, ejusque hæredem, ad id, quod suâ interest, non peractô, vel malo peractô negotiô commissô. L.* 8. *§. Mand. ff. h. t.*

Contraria verò datur Mandatario contra Mandantem, ut Mandatum peractum ratum habeat, & refundat, quod Mandatario nomine Mandati, abest, ne officium suum sit illi damnosum. *Schamb. hic.*

TITULUS XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX QUASI-CONTRACTU NASCUNTUR.

SUMMARIA.

1 *Quid sit Quasi-Contractus?*
2 *I. species Quasi-Contractus est Negotiorum gestio.*
3 *Quid sit illa?*
4 *Quam culpam præstet Negotiorum gestor?*
5 *II. species Quasi-Contractus est Tutelæ Administratio.*
6 *III. Rei Communio.*
7 *IV. Hæreditatis Communio.*
8 *V. Hæreditatis aditio.*
9 *VI. Indebiti Solutio.*
10 *Inficiando lis quando dicatur crescere.*

CONNEXIO, ET PRINCIPIUM.

1 HUcusque diximus de Obligationibus, quæ ex *vero Contractu*: sequitur de iis, quæ ex *Quasi-Contractu* descendunt. Dicitur autem *quasi-contractus*, quia duntaxat impropriè contractus est, quoniam in quasi-contractu neutrius voluntas, neque expressè, neque tacitè concurrit; sed unius tantummodò actus, sive factum, sæpè altero id ignorante, ut hic non contrahatur re ipsa, & veritate, sed *præsumptivè fictione Juris* contractus intervenisse censetur, Jura enim hominis factum supplent, & interim pro unâ parte consentiunt, præsumendo neminem esse tam stultum qui etiam absens & ignorans non velit conditionem suam meliorem fieri. *Schneid. hic.* Ex dictis quasi contractum haud ineleganter definire possis, quòd sit præsumpta conventio, ex qua, ob factum aliquod nascitur obligatio, *Gletle. Inst. hic.* Dicitur autem præsumpta conventio, ut differat à vero contractu, ubi expressus utriusque consensus desideratur. In quasi autem contractu intervenit duntaxat tacitus consensus, quem Jura ob aliquam æquitatem naturalem adesse præsumunt: licèt alterutrius consensus præsumitur, ignorans, aut etiam invitus existat, *l.* 2. *ff. de Neg. gest.* Ubi dicitur, hoc æquum esse, ut alter, cujus

cujus negotia gesta sunt, obligetur, *Schamb. hic.* Quasi contractuum species VI. occurrunt, de quibus sequitur.

§. IGITUR. I.

Prima obligationis ex quasi contractu species est, *Negotiorum Gestio*, quæ, ut clarè intelligatur, figuremus hunc casum: Sempronius profectus est in longinquas regiones&reliquit domum suam penitùs vacuam. Quæ cum vi ventorum, & injuria imbrium ita vexaretur, ut ruinam, lapsumque minaretur, Titius, volens absenti favere, domum reparat, tecta reficit.

Quæstio est, an Sempronius Titio, ad refundendos sumptus obligatus sit? Posset videri, quòd non. Ratio dubitandi est, quia sine consensu nulla nascitur obligatio, *L. 1. §. ff. de Pact.* cùm ergò Sempronius non consenserit, sed ignorans fuerit, quomodo poterit obligari? Deinde culpa est, se immiscere rei alienæ, ergò damnum, quod sentit, propriâ culpâ sentit, quod sentire non videtur, *l. 203. ff. de R. J.*

Hôc tamen non obstante ℞. Sempronium ex quasi contractu negotia gerenti obligari, *Text. hic* Ratio est in *textu*, ne absentium, qui, subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, deferuntur negotia, quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem.

Ad *Argumenta contraria* ℞. saltem adesse consensum ex præsumptione legis, quem propter utilitatem, ne negotia aliena desererentur, intervenisse præsumunt. Deinde culpa Negotiorum gestori non potest objici, eò, quòd objicientis conditionem reddiderit meliorem. *Manz. n. 6. & 7.* & regula illa, quòd culpa sit rei alienæ se immiscere, procedit tunc, si quis intendat utilitatem propriam, *Schamb. hic.*

Ex dictis facilè colliges, quòd Negotiorum gestio sit quasi contractus, quo quis alterius absentis, & ignorantis negotia sine Mandato utiliter gerit, *Harp. n. 4.*

Diximus I. *absentis*, quia mandare censetur, qui præsens patitur, alium sua negotia gerere, *l. 18. ff. Mandat.* Et ideò Mandati potiùs, quàm Negotiorum gestorum actio inter præsentes competit.

Diximus II. *ignorantis*, quia, sicut is, qui præsens est, ita quoque ille, licèt absens sit, nihilominùs tamen sciens patitur, suum negotium geri, mandare censetur, *Manz. num. 13.*

Dixi III. sine mandato. Quibus verbis differentia specifica Negotiorum gestionis, ac Mandati continetur. Si quis enim negotia alterius ex Mandato ipsius gesserit, Mandatum erit, sicque verus contractus. Si verò citra Mandatum gesserit; negotiorum gestio atque ita quasi contractus erit, *l. 5. ff. de O. & A. Harp. n. 29.*

Dixi IV. & ultimò *utiliter gerit*, quia ad hoc, ut repetitio sumptuum locum habeat, necesse est, ut alterius negotia utiliter gerantur, vel utiliter saltem incipiantur, licèt effectum gestio non habuerit, veluti si Medicus curaret absentis cujusdam filium, & is nihilominus moreretur, Medico actio Negotiorum gestorum contra patrem competeret. *l. 10. §. 1. ff. Mandati.* nec enim semper est in Medico, relevetur ut æger, *Schneid. n. 9.* Utiliter porrò, negotium gestum esse, dicitur, quando dominus idem erat facturus, quia erat impar impensis. Nam tunc actio Negotiorum gestori non datur, sive ignoret, *l. Sed an ultro §. 1. ff. Mand. Schneid. eod.*

Idem

Idem est, si voluptatis tantùm causâ, negotium gerat; tunc enim, ad sumptus repetendos, actionem non habet, *l. 26. ff. de Negot. gest. Manz. n. 20.* Ratio, quia debet ex eo onerari dominus, quod ipse facturus non esset, *l. in fundo* 38. *ff. de R. V.* Sanè, in universum (puto) determinari non posse, quando negotium utiliter gestum esse, dicatur, sed id discreti Judicis arbitrio relinquendum erit, quemadmodum docet *Manz. n. 21.* Vidimus quid sit Negotiorum gestio, *sequitur* quæ ex ea nascantur actiones. Quarum duæ occurrunt, *directa & contraria.* Directa est *actio prætotia, personalis, bonæ fidei, competens ei, cujus negotia gesta sunt, ejusque hæredibus adversus Negotiorum gestorem, ut rationes negotii gesti reddat & si quid dolo cu pave ejus commissum, vel omissum est, id præstet.*

Contraria vero actio datur è contra Negotiorum gestori adversùs dominum, ejusque hæredes, ut, si quid sibi ratione administrationis vel adsit, vel absuturum sit, sibi præstet, & se indemnem servet, ne officium suum sit tibi damnosum. *Schamb. hic.* Naturam harum actionum in *Lib IV.* fusiùs explicabimus. Sufficiat ergò, hanc obiter non nihil perstrinxisse.

AD VERS. QUO CASU.

Quæritur in hoc ℣. quam culpam Negotiorum gestor præstare teneatur? Ut hæc quæstio radiis, & splendore niteat claritatis, certa ab incertis, & clara ab obscuris secernenda sunt, quod, ut obtineamus, juvat cautè processisse. Itaque

Prima fronte videtur dicendum, quòd non nisi de dolo, & lata culpa teneatur, quia totum negotium solius domini utilitatem respicit; sicuti ergò Depositarius ex dicta ratione *dolum & latam culpam* tantùm præstat, ita idem dicendum videtur de *Negotiorum gestore.*

Verùm, hoc non attento, sine altercatione inter DD. obtinet, quòd Negotiorum gestor præstet etiam levem culpam, *l. 20. Cod. de Neg. gest.* cùm enim sponte negotiis istis se ingerat, videtur, promittere diligentiam, id est culpam levem, *l. 23. ff. de R. J. Schamb. hic.*

Imò, illud quoque sine concertatione procedit, quòd Negotiorum gestor tantùm dolum, & latam culpam præstet, si negotia deserta accesserit, *l. 3. §. interdum ff de Neg. Schneid. §. 28. de act. n.* 10.

Denique & illud indubitatum est, quòd gestor levissimam culpam præstet, quando alius adfuisset, qui negotia diligentiùs administraturus fuisset, *text. hic. Schneid. & alii hoc. loc. cit.*

Ad rationem dubitandi ex regula generali, supra de commodato posita R. eam procedere in contractibus, non in quasi contractibus. Nam, etiam in administratione tutelæ utilitas tota ad pupillum pertinet, & tamen tutor de dolo, lata, ac levi culpa tenetur, *L. 7. Cod. A bit. tut. Manz. n* 34.

Dicta proinde sine litigio procedunt. Sed controvertitur an indistinctè, etiam extra casum, quo alius negotia diligentiùs administraturus fuisset, Negotiorum gestor teneatur præstare levissimam culpam? Sunt non pauci Autores, qui gestorem, ad levissimam quoque culpam præstandam, adstringunt. Quos inter agmen ducit, *Hunn. ad Treutl. vol. 1. Disp. 10. th. 5. Quæst. 19. Harp. hic. num.* 32.

Argumentum I. producunt ex *l. 24. Cod. de usuris.* ubi dicitur, quòd omnis culpa à negotiorum gestore præstari debeat, ergo & levissima, cùm is, qui omnia dicit, nihil excludat.

II. De

II. Depromunt ex *L.* 21. *Cod. Mand.* ubi *Constantinus Imperator* rescribit, in administratione alienorum negotiorum nihil quidquam neglectum, ac declinatum culpâ vacuum esse: atqui Negotiorum gestorem aliena negotia gerere in confesso est; sequitur ergò, quòd si quidquam in eorum gestione neglexerit, ac declinaverit, culpâ haud vacuus sit, ac ea propter de culpa levissima conveniri possit. Sunt adhuc plura argumenta quæ pro hac sententia adducunt: at possis illa sola indignatione enervare, aliud enim non merentur. Itaque,

His non *obstantibus*, placet, quòd Negotiorum gestor regulariter tantum præstet culpam levem. Ita *Arumæ. exercit.* 15. *th.* 11. *Zoes. ff. de Neg. num.* 8.

Pro hac sententia *Facit. I. l.* 20. *Cod. Mand.* ubi tantùm mentio culpæ *latæ*, *& levis*, non etiam *levissimæ*; ergò ad hanc non tenetur, inclusio enim unius est exclusio alterius.

Facit II. *l.* 11. *Si Negotia ff. de Neg. gest.* his verbis: *Qui negotia aliena gerit, & bonam Fidem, & exactam diligentiam rebus ejus, pro quo intervenit, præstare debet.* En *exactam* (ait Imperator) *non exactissimam.*

Facit III. efficacissima ratio; enim verò, quæ causa fuit, introducendæ actionis Negotiorum? numquid, ne absentium negotia desererentur? at, ain, si exigatur àgestore levissimæ culpæ præstatio, quia adeò supinus erit, ut negotia aliena gerat, cum is deberet majorem, quàm diligens Pater familias suis rebus adhibet, diligentiam impendere?

Ad I. ℞. omnem diligentiam in *d. l. si Mater* 24. non pro *exactissima* diligentia (quæ *levissimæ* culpæ opponitur sed pro exacta accipi, & pro ea, quam Negotiorum gestio requirit. Hoc vel ex eo verosimile est, quòd levissimæ culpæ, quæ culpa penè non est, rarò in libris Juris nostri mentio fiat. Vel, *posito* (non tamen *concesso*) sub omni culpa levissimam includit: non tamen improbabiliter dixerit, textum loqui de casu, ubi alius, negotia diligentiùs gesturus se Negotiorum gestioni obtulit. Cujus rei conjectura oritur ex eo, quòd in *d. l. Si Mater* proponatur, gessisse negotia, matrem, cum qua & alii concurrebant, qui se gestioni offerebant. Sed, quia Mater, pietatis necessitudine ducta propensiore animò liberos, eorumque negotia prosequitur, meritò aliis præfertur; meritò itidem se ad levissimam culpam obstringit. Ita, *Arumæ loc. cit.*

Ad II. ℞. *d. l.* 21. non de gestione negotiorum loqui, sed de mandato, in quo pro diversitate utilitatis, cujus scilicet gratiâ contractum est, nonnunquam lata tantùm, nonnunquam levis, nonnunquàm levissima præstatur. Ut argumentum à Mandato ad Negotiorum gestionem neutiquam procedat.

§. TUTORES. 2.

Secunda species Quasi contractûs recensetur *Tutelæ Administratio.* Ratio, cur Tutela, seu administratio tutelæ sit quasi-Contractus, hæc redditur, quia verus Contractus requirit aliquod negotium (puta *Conventionem inter partes*) ast, inter tutorem, & pupillum nihil actum, nihil tractatum *Text. hic.* Ratio alia, quia omnis verus contractus est voluntarius, *l.* 5. *C. de O. & A.* sed tutela non est voluntaria, quia tutor datur pupillo ignoranti, & invito, *L.* 6. *ff. de Tut. & curat. dat.* & invitus cogitur quis tutor esse, *l.* 1. *ff. de Administ. tut. Tutela enim est munus publicum l.* 9. *ff. de his, qui sunt sui, vel alieni*

alient Jur. ad publica autem munera potest quis invitus cogi, *arg. l. 1. ff. de muner. & honor. Harp. n. 2.*

Ex tutelæ administratione nascuntur duæ actiones, *directa & contraria.* Directa est *civilis personalis, bonæ fidei, competens pupillo ejusque hæredibus contra tutorem, ut rationes administrationis reddat, & præstet, quod sibi abest, vel abfuturum est, ob ejus culpam, etiam levem.* Dico legem, ratio est in favore pupilli posita. *l. 23. ff. de R. J.*

Contraria verò datur tutori, ejusque hæredibus contra pupillum, & hæredes, ut se indemnem servet, impensas, factas restituat, & si se pro pupillo obligaverit, debitum solvendo liberet, & exsolvat, *l. 1. & fin. ff. de contrar. tutel. act. Schamb. hic.* Ratio, quare tutori applicetur actio contraria, est, ne officium illi suum sit damnosum. *l. 1. ff. de contrar. Tutel. act.*

Dices: Quomodò datur actio contra pupillum; cùm tamen pupillus sine Authoritate Tutoris non possit obligari? Resp. pupillum obligari ex lege, lex enim ipsum obligationi subjicit.

§. ITEM, SI INTER. 3.

6 Tertia Quasi-Contractus species est *Rei Communio*, dum scilicet duo, vel plures rem quampiam sine Societate communem habent, puta, quia duobus eadem res est legata, vel donata, hoc est, potest, & solet contingere ut unus ex ea solus percipiat fructus, vel solus faciat expensas, quo casu ex quasi contractu sibi obligati sunt, ut alter pro rata alteri fructus præstet vel expensas pro rata, refundat; res enim communis non debet uni soli esse lucro nec damno, *l. 6. ff. h. t.*

Dixi sine Societate, quia, si res sit communis ex contractu Societatis, tunc dabitur actio pro Socio, pro lucris, & damnis communicandis. Vides, in quo differat Societas à communione: nimirum in hoc, quod Societas expressam conventionem requirat; communio verò sine voluntate; & consensu contrahatur.

Datur ex hoc quasi-Contractu actio communi dividendo, quæ *utrinque directa est, competens ei, qui rem cum altero communem absque Societate habet adversus eum, cum quo habet, ut res æqualiter dividatur.* Dicitur *utrinque directa*, quia utrumque æquè principaliter respicit, & uterque actoris, & rei partes sustinet; habetur tamen pro actore, qui provocat, *l. 2. ff. h. t.*

§. IDEM JURIS. 4.

Quarta species quasi contractus est *Hæreditatis Communio.* Quando videlicet ad duos, vel plures eadem hæreditas pertinet. Differt à rei communione, quòd in illa res universalis, in hac res singularis cum altero sit communis. Eodem tamen modo, sicuti in rei communione, ratione fructuum, & expensarum, unus alteri quasi ex contractu obligatus est. Nascitur exinde actio *familiæ herciscundæ*, id est, hæreditatis dividendæ, hæreditas enim nomine familiæ, & dividere verbo herciscere hic venit. De hac actione nolo hic agere, sed ejus explicationem ad propriam usque sedem remitto, videlicet, §. 20. *infrà de Act.* 7

§. HÆRES QUOQUE. 5.

Quinta species quasi Contractus enarratur *Aditio hæreditatis*, dum enim qui hæreditatem alterius adit, obligatur hic Legatariis, & Fidei Commissariis non ex contractu, cùm non concurrat utriusque consensus, potest enim & hæres ignorare, 8

ignorare, an *l*, & cui, & alter etiam ignorare, quod ſibi legatum relictum ſit. Obligatur ergò ex quaſi contractu, quia adeundo agnoſcit, & tacitè dicit quòd voluntatem defuncti adimplere velit. Unde, & Legatariis, & Fidei-Commiſſariis datur actio perſonalis ex teſtamento, qua hæredem, ad ſibi præſtandum, quod debet, compellere poſſunt.

Dices, Creditoribus defuncti tenetur hæres ex vero contractu, ergò etiam Legatariis. *Reſp. conc. ant. neg. conſeq.* quia Creditores inter & defunctum intervenit verus contractus, ut hæres, tamquam illius perſonam repreſentans, eidem contractui ſatisfacere teneatur, reſpectu legatariorum verò, neque cum hærede, neque cum defuncto negotium, vel contractus interceſſit, *Schamb. hic.*

§. Item is. 6.

9 Sexta quaſi-contractus ſpecies eſt *Indebiti Solutio.* Quando enim quis per errorem alteri ſolvit quod non debuit, & alter per errorem etiam accepit, tunc ad reſtitutionem accepit, quaſi ex contractu obligatus videtur, *l.* 5. §. 3. *ff. de O. & A.* nemo enim debet cum alterius jactura locupletari. Ex hoc quaſi-contractu naſcitur conditio Indebiti, de qua latè diſſeruimus *ſuprà* §. 1. *tit. quibus modis re contrah. oblig.*

§. Ex quibusdam. 7. Et ult.

10 *In ſuperiori* §. *Regulam* poſuimus iſtam, repeti poteſt, quod indebitè per errorem ſolutum eſt. Hic ponitur ad regulam *Exceptio*, ut videlicet ex iis cauſis indebitè ſolutum, repeti non poſſit, ex quibus inficiando lis creſcit.

Dicitur autem lis inficiando creſcere in iis Cauſis, in quibus quis propter inficiationem vel negationem condemnatur in duplum. In *exemplo*: aliquis mihi damnum dedit, v. g. *veſtes maculavit*, *vel laceravit*, hoc in caſu, ſi reus fateatur culpam, condemnatur ex *Lege Aquilia* in *ſimplum* damni dati. Si verò *neget*, ſe dediſſe damnum, & poſteà *convincatur*, condemnatur in duplum. Quod inductum eſt in *pœnam mendacii.*

Aliud exemplum: ſi quis tempore *incendii*, *ruinæ*, *naufragii*, & *tumultûs* aliquid apud alterum depoſuit, eo, poſteà depoſitum repetente, depoſitarius rem depoſitam ſimpliciter, ſive ſimplum reſtituere, compellitur, quando fatetur: ſi verò inficiatur, & convincatur tunc, præter rem depoſitam, tenetur etiam illius rei depoſitæ pretium reſtituere, *l.* 1. *ff. de incend. ruin. & nauf. Manz. num.* 4. & 7.

Illud etiam *notandum* quòd hodie *inficiando* lis tantùm creſcat in legatis piis, quæ v. g. relicta ſunt *Eccleſiis* & cæteris *venerabilibus locis*; ita, ut negans tale legatum condemnetur in duplum.

Jam his poſitis, facilè poterit intelligi *exceptio* §. *noſtri*, videlicet ex quibus cauſis inficiando lis creſcit, ex iis cauſis indebitum ſolutum non repetitur. In exemplo: Titius convenit me ex lege Aquilia quaſi ipſi damnum dediſſem, quod æſtimat 20. fl. quia igitur incertus ſum, vel dubito, utrùm ego vel aliquis alius damnum dederit? ideò, ne ob negationem contingat, me condemnari in duplum, ſolvo 20. fl. poſteà apparet, non à me ſed ab alio Titium fuiſſe damnificatum. *Quæſtio* eſt, an poſſim 20. fl. à Titio repetere? ℞. *Negativè*, quia ex quibus cauſis inficiando lis creſcit; indebitè ſolutum repeti non poteſt. *Ratio rationis*, quia videor tacitè tranſegiſſe cum Titio. Ex cauſa autem tranſactionis ſolutum, ut indebitum, repeti non poteſt, cùm ipſa tranſactio ſit

 juſta

justa debitionis causa. *Manz. n.* 15. Vides, quod tota res in præsumpta transactione posita sit, quæ, si causa semel sopita sit, resuscitari non amplius debet.

NB. Si transactio tacita rescindi non possit, ubi nihil prorsus debetur, multò minus expressa, si quis enormiter, sive ultra dimidium justi lædatur, rescindi poterit. *Manz. loc. cit.*

Exemplum aliud: Prælatus quidam instituit contra me actionem ex testamento, quasi Parens meus defunctus Monasterio, ipsius reliquisset, legati nomine, 100. fl. Ego, putans, vel dubitans, legatos esse, metu incurrendi duplum ob inficiationem, solvo 100. fl. Hoc in casu, si posteà appareat, à Patre meo legatum non esse relictum, nulla mihi repetitio datur. Ratio tum in favore piæ causæ, tum in præsumpta transactione posita est. *Manz. n.* 16.

Illud non *ignorandum*, ad hoc, ut decisioni hujus §. locus sit, requiri, aliqua ut subsit causa, scilicet *damnum datum*; licet fortè non ab eo, qui convenitur, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet fortè minus solemniter fuisse aliquid eo tempore depositum, licèt, non apud hunc, sed alium. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum vel depositum, puto locum esse repetitioni. *Schamb. hic.*

TITULUS XXIX.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

SUMMARIA.

1 *Possessio acquiritur per Liberos nostros, & servos.*
2 *Quod procedit de servo, bona fide Possesso.*
3 *Et etiam servo communi.*

1 Actum est de Contractibus; & quasi, ex quibus obligationes nascuntur; sequitur, per quas personas nobis obligatio acquiratur. Acquiritur autem nobis obligatio non solum per nosmetipsos, sed etiam per Liberos, & servos, nostræ potestati subjectos. Estque ratio, quia per liberos nostros, & servos conditio nostra melior fieri potest, deterior non item, ac proinde acquirere nobis possunt, alienare nostra non possunt. *Harp. n.* 3.

Ea tamen inter servos, & liberos differentia est, quòd, Servi quidquid acquirunt, totum, & omne nostrum fiat. Liberi autem secundum *distinctionem peculiorum*, parentibus acquirant. Nam si obligatio respiciat peculium *castrense*, & *quasi tale*, tota obigatio ipsi filiosam. si *profectitium*, tota patri, si *adventitium*, quoad usumfructum Patri, quoad proprietatem filio acquiritur. Pater tamen sem perre spectu advétitii, & profectitii, actionem intentat, quia adventitii legitimus administrator est, *Schamb. & Manz. hic.*

§. Item si

Liberi homines, vel servi alieni, 2 bona fide à nobis, vel, ut liberi, vel ut servi nostri possessi, quamcunque obligatio-

obligationem, ex re nostra, vel operis suis provenientem, habent, eam quærunt possidenti, quasi ex re ejus, cui serviunt. Et hoc ipso ex re bonæ fidei possessoris acquisitio fieri intelligitur propter alimenta, quæ ei præstare debet, à quo percipit operas. Et sic compensatur illud cum alimentis. Nam, sicut aliàs solemus dicere, qui non laborat, non manducat. Ita quoque possumus hic asseverare: cum quo quis manducat, cum eo quoque laboret; & cum quo communicamus in Mensa, eidem communicamus & operam; quod enim ex re nostra fit, nostrum est.

§. PER EUM. 2.

Sicut per servum proprium, ita quoque per usufructuarium nobis acquiritur obligatio, quam aliàs proprietario acquireret. Idem de servo usurario procedit, ut & iste acquirat usurario, pro modo scilicet necessitatis, & indigentiæ.

§. CUM. 3. ET ULT.

Sicut servus communis res, ita & 3 obligationes (*regulariter*) pro rata dominii acquirit suo domino. De quo vide §. *fin. suprà de stipul. serv.* Ego huic materiæ non puto insistendum, cùm utilitate careat

---

TITULUS XXX.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

SUMMARIA.

1 *Solutio quid sit?*
2 *Particularis Solutio invito creditori non potest fieri.*
3 *Nisi de ea conventum sit.*
4 *Solutio debet fieri legitimò tempore, locò, modò, & causa.*
5 *Quis possit solvere?* 6. *& cui possit solvi?*
7 *Quis sit effectus Solutionis?*
8 *Solutio in quam causam imputanda?*
9 *Acceptilatio quid sit?*
10 *Item quid Novatio, & quotuplex?*
11 *An obligatio pupilli novari possit?*
12 *An Novatio fiat, quando non persona, sed causa debendi mutatur?*
13 *Quæ sint requisita Novationis?*
14 *Delegatio quid sit?*
15 *Quomodò mutuò consensu tollatur obligatio?*
16 *Quomodò compensatione?*
17 *Redditio chirographi facit tolli obligationem.*

CONTINUATIO.

HActenus dispeximus, quomodò contrahantur, superest, ut agamus, quomodò *solvantur obligationes*? Solvuntur autem præcipuè quatuor modis I. *Solutione.* II. *Acceptilatione.* III. *Novatione* IV. *Mutuò dissensu.*

AD PRINCIPIUM.

1 Primus *Modus* solvendæ obligationis, est *Solutio.* Vox solutionis modò *latiùs*, modò *strictiùs* sumitur. Latiùs accepta significat quamcumque satisfactionem legitimam, & liberationem debitoris, sive ea per acceptilationem, & ultroneam remissionem Creditoris: sive per delegationem alterius debitoris; sive per quemcumque alium modum fiat, *l. 54. ff. de Solut. l. 176. ff. de V. S.* strictiùs

tiùs sumpta denotat eam tantùm satisfactionem, quæ contingit per veram debiti præstationem, quo in sensu solutio accuratè definitur, quod sit *ejus*, *quod debetur*, *realis*, *legitimè facta*, *præstatio*. *Harp. n. 6.* sive, est *actualis & naturalis pecuniæ*, *vel alterius rei debitæ adnumeratio*, *præstatio*. *Manz. n. 2.* Et, cum hæc materia *frequens sit*, & perquam *utilis*, ideò paulo uberiùs discutienda, quod commodè sic fieri poterit, ut I. videamus, quid, & quantum solvendum sit? II. qua forma? III. à quo? IV. cui? & V. quis sit effectus Solutionis?

Primum proinde quod attinet, *dico*, quòd id solvendum sit, quod debetur; invito enim Creditori aliud pro alio solvi non potest, *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* Ut, si cui debeatur pretium, vel pecunia, ei nolenti species, vel corpus (puta, *equus*, *fundus*, *domus*, *poculum*, *&c.*) solvi nequit, cùm aliud sit res, aliud pretium, *l. 1. ff. de rer. permut. l. 88. ff. de V. S.* quò facit illud *Senecæ*: æquissima (inquit) vox est, & Jus gentium præseferens, redde quod debes. *Harp. n. 7. P. Konig. de solut. n. 15.*

2 *Quæres*, *num totum quod debetur, solvendum sit? an verò particularis solutio invito Creditori fieri possit?* ℞. particularem solutionem invito creditori fieri non posse. Ita *Harp. n. 146. tit. quib. mod. re contrah. oblig. ad Princip. Manz. n. 7. bic. Fach. lib. 10. cap. 59. fusè Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 29. th. 2. lit. B. Engel de solut. n. 4. Konig. ibid. n. 21. Gomez. var. Resolut. lib. 2. cap. 10. n. 5. Gail. lib. 2. observat. 19. n. 7.* Et hæc *Sententia* adeò vera, adeò frequens, adeò justa est, ut capere nequeam, quæ tenebræ *Humii* mentem, ingeniumque obfuscaverint? ut in *suis var. resolut. lib. 3. tract. 3. part. 1. quæst. 11.* se *rebellem* exhibeat, fundamentis instructus adeò *frivolis*, ut *risum* potiùs, quàm solutionis *nisum* mereantur.

Probatur autem nostra *Sententia* ex regula universali, quòd aliud pro alio creditori solvi non possit *d. l. 2. §. 1. ff. de R. C.* & alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat, *l. 155. de R. J.* at creditori, si particularem solutionem recipere teneretur, inferretur iniqua conditio, quia particularis solutio (Teste ipso *J. Cto in l. 3. ff. fam. hercif.*) maxima, & plurima damna secum trahit; eò quòd pecunia, minutim accepta facilè consumatur, aut dispergatur.

Roboratur hæc *Sententia* ex *validiss. text. l. 41. §. 1. ff. de Usur.* Ubi *quæritur*, an Lucius Titius, qui debitor erat 100. fl. & usurarum aliquanti temporis; cùm obsignaverit, & apud Judicem deposuerit minorem pecuniæ summam, quàm debebat; an (*inquam*) saltem respectu quantitatis, & summæ depositæ usurarum cursus retardetur? & *Respond. negativè* hunc in modum: *si non hac lege mutua pecunia data est, ut liceret, & particulatim, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum præstationem.* Jam aures præbe, nunquid depositio pecuniæ debitæ cæteroquin tantum operatur, quantùm solutio; at depositio partis non liberat debitorem; ergò neque solutio partis.

Hæc tamen *Sententia* suas etiam patitur *Exceptiones*, in quibus *solutione argumentoru adversantium*, veluti speculo, relucent. I. Si Creditor ultrò admittat particularem solutionem, quò refertur *§. 1. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Ubi in hæc verba rescribitur: *quod debetur*, *pro parte rectè solvitur* (intellige, *creditori volenti*) *non etiam invito.* 3

II. Si

II. Si aliter in debitorem, & creditorem conventum sit *d. l.* 41. §. 1. *ff. de Usur.* Hoc autem, conventum esse, præsumitur si solutio promissa sit in duobus locis copulativè, v. g. *Ephesi*, & *Capuæ*. *l.* 1. §. 4. *ff. de eo, quod cert. loc.*

III. Si favor libertatis hoc suadeat, quò pertinet *l.* 4. §. 6. *ff. de stat. liber.*

IV. Si tantùm per partes creditum sit, tunc enim etiam per partes rectè solvitur, quia obligatio non eo modo distrahi potest, quo contracta est, *l.* 25 *de R. J.* de qua tamen exceptione vehementer dubito.

V. Si ex diversis causis debeatur, v. g. 100. ex *mutuo*, 100. ex *empto*, &c. tunc enim, cum diversa sint debita, unum sine altero potest exsolvi, etiam invito Creditori, *l.* 1. *Cod. de solut. Engel. loc. cit.* & *Konig. n.* 22. *Harp. n.* 183.

VI. & ultimò, si debitum ex una parte sit liquidum, vel confessatum, non ex alia, tunc enim Creditor cogitur, accipere partem liquidam, aut confessatam debiti, donec de altera parte constet, utrùm verè debita sit, nec ne? *arg. l.* 21. *ff. de R. C.* & *l.* 8. *ff. si pars. hæred. petat. Brunnem. in l.* 9. *Cod. de solut.* plura argumenta contraria enodat *Harp. loc. cit.*

4 Vidimus, *quid* & *quantum solvendum sit*? sequitur de forma solutionis, quæ in eo potissimùm consistit, ut solutio fiat *legitimo tempore*, *loco*, *modo*, & *causa*. De quibus in ordine.

Tempus quod attinet, illud metiendum venit ex qualitate obligationis, hæc enim vel est *pura*, vel est *conditionalis*, vel *in diem*. Si obligatio est pura, neque diem, neque conditionem habens, debitor confestim solvere tenetur, §. 2. *Inst. de V. O. l.* 14. *ff. de R. J.* Ratio, quia in obligatione pura statim cedit, & venit dies, *l.* 23. *ff. de V. S. Harp. S n.* 7.

Sanè, dicta cum grano salis intelligas, necesse est; non enim eodem mox die, qua mutuum accepisti, ejus solutio facienda; sed tempus aliquod pro solutione arbitrio Judicis assignari debet, *l.* 105. *ff. de solut.* Ratio, quia aliàs tales contractus elusorii redderentur. *Engel. n.* 6. Si obligatio est conditionalis, solutio facienda est, conditione existente, quia tunc primùm cedit, & venit dies, conditionalia enim ab existentia conditionis pendent. *Confer.* §. 4. *Inst. de Verb. Oblig.* Unde, quod ante existentiam conditionis solutum est, quasi indebitum repeti potest, *l.* 16. *l.* 18. *l.* 48. *ff. de cond. indebit. Harp. n.* 16.

Sanè, si debitum sit in diem contractum, puto ante diei adventum solutionem fieri posse. ratio, quia in favorem debitoris adjectus esse, censetur, cui proinde renuntiare non prohibetur, *l.* 38. §. 16. *l.* 137. §. 2. 2. *ff. de V. O.* secus est, si dies in favorem, & commodum creditoris adjectus sit, *l.* 15. *ff. de annuis legat. Zoës. ff. de solut. n.* 31. *Harp. ad princ. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig. n.* 101. *Engel. de solut. n.* 6.

Locum quod attinet, res ope *distinctionis* dirimenda. Vel enim certus locus solutioni adjectus est, vel non. Si certus locus solutioni adjectus sit, solvi debet in loco convento, *l.* 9. *ff. de eo, quod cert. loc.* nec alibi à debitore peti potest, &, si alibi creditor peteret locò plus petiisse, diceretur, *l.* 2. §. *Si quis ff. eod.* Quòd si debitor tergiversaretur ad locum, solutioni destinatum, venire, in alio etiam loco utiliter convenitur, *l.* 1. *ff. eod. Engel. n.* 7. *loc. cit.* Si certus locus solutioni adjectus non sit, tunc in loco contractus, aut domicilii solutio petenda. *Zoës. ff. de eo, quod cert. loc. n.* 3. *Harp. n.* 18. *hic.*

Modum

Modum quod attinet, is in eo versatur, ut perfectè, & plenè fiat solutio tam ratione rei solvendæ, quàm ipsius Juris transferendi. *Harp. num.* 19.

Causam quod attinet, debet solutio fieri ex illa causa, ex qua agitur, non ex alia. Hinc, si quis id, quod alterius causâ, solvere necesse habet, solvit nomine propriò nec se ipsum, nec alterum, pro quo solvere debuisset, liberat, *l.* 17. *ff. de solut. l.* 72. *ff. de Jure Dot. Harp. n.* 23.

Egimus de *forma solutionis*; sequitur *quis possit solvere?* Potest autem solvere

I. Ipse *debitor*, habens liberam rerum suarum administrationem: qui hanc non habet, se solo non rectè solvit, *l.* 5. *l.* 17. *Cod. de solut.* Ratio, quia solutio est species alienationis, unde pupilli, qui Tutores: & Minores, aut Prodigi, qui Curatores habent, solvere non possunt sine horum Authoritate, & consensu. *Konig. de solut. n.* 4. *Harp. n.* 24. Sed quid, si pupillus: vel minor de factò solverit? Vide §. *ult. Inst. Quib. alien. licet*, &c.

II. Solvere potest debitoris *Procurator*, & quidem non tantùm ille, cui solutio speciali Mandato commissa est sed etiam Procurator universalis, qui instructus est Mandato universali cum libera, *l.* 58. *l.* 59. *ff. de Procur. Konig. num.* 5 *Glettle part.* 1. *Select. Quæst.* 27. *sub n.* 3.

III. Non tantùm ipse debitor, sed quicunque alius pro ipso, etiam ignorante, vel invito, solvere potest; atque ita eundem ipso Jure à debito liberare, *text. hic. in princ. l.* 23. *l.* 40. *l.* 53. *ff. de solut.* non enim interest Creditoris, à quo recipiat suum, modò recipiat. *Manz. n.* 24. *hic.* Ratio alia, quia naturalis simul, & Civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem (etiam ignorantis, & inviti) nos facere posse; deteriorem non posse, *Konig. loc. cit. num.* 6. Id tamen observandum est; quod, qui solvit pro debitore sciente, ac volente, Actione Mandati, *l.* 6. §. 2. *ff. Mand.* qui pro ignorante actione Negotiorum gestorum, totum ab eo, pro quo solvit, repetere possit, *l.* 43. *ff. de Negot. gest.* Ille verò, qui pro debitore invito, vel contradicente solvit, careat omni actione, eò, quòd animo donandi alium deobligasse, videatur, *l. fin. Cod. de Negot. gest. Zoes. ff. de solut. n.* 4. *Konig, n.* 6. *Manz. n.* 29. *hic.*

Dices: Invito non detur beneficium, *l.* 156. *ff. de R. J.* ergò pro invito solutio fieri non potest. *Resp. antecedens* procedere, si respiciatur illius, cui beneficium confertur, solus favor; hic autem concurrit etiam interesse tertii, puta, Creditoris, *Harp. n.* 38 *Schamb. hic.*

Discussimus, qui possint solvere? *sequitur*, cui possit solvi? Rectè autem solvitur

I. Ipsi *Creditori*, qui rerum suarum habet administrationem, & quidem volenti, & invito, vel certè, si creditor solutionem, debito loco, & tempore factam, recipere nolit, poterit debitor eas pecunias Magistratui consignare, & ita debitore principali, & ab usuris imposterum liberatus erit, *l.* 9. *Cod. de solut. & ibi Brunnem.*

II. Quod si Creditor rerum suarum administrationem non habeat, rectè ipsius tutori, vel Curatori solvitur, *l.* 14. *ff. h. t.* rectiùs tamen, & cautiùs Decretum, Authoritasque Judicis adhibetur; tunc enim debitor plenissimam liberationem consequitur, adeò, ut nec beneficium restitutionis in integrum locum habeat, utcunque pecunia soluta malè pereat; cùm aliàs Pupilli, & Minorennes ex causa etiam contra solutionem, sibi cum Authoritate Tutoris, &

& Curatoris; vel ipsi tutori; aut curatori factam, restitutionem in integrum petere possint, §. *ult. Inst. quib. alien. licet. vel non* & *l.* 1. *Cod si advers. solut. Konig. n.* 11. *de solut. Harp. n.* 46. *ubi latè hac de re discurrit.*

III. Rectè solvitur Procuratori creditoris, speciale, vel generale Mandatum habenti. *Harp n.* 60.

Effectus Solutionis est, quòd per eam omnis obligatio, sive ea sit naturalis, sive civilis; sive re sit contracta; sive verbis, sive consensu, sive denique sit principalis, sive accessoria, (ut *usuraria,* & *fide-jussoria*) ipso Jure perimatur. Si igitur debitor solverit, non solùm ipse liberatur, sed & fide-jussor, item pignora, & hypothecæ, *l.* 43. *ff. de solut.* è contra, si solverit fide-jussor, etiam reus obligatione creditoris liberatur, *text. hic.* Dico *Creditoris*, quia debitor fidejussori manet obligatus, §. 6. *sup. de fidejuss. Harp. n.* 67.

Quæres IV. *In quale debitum solutio imputetur, si, ex pluribus causis obligatus, aliquam summam solvat, nihil exprimens, quam causam, seu debitum velit dissolvere?*

Resp. Interesse, an debita sint *paria*, an *disparia*; si debita sint disparia, (fortè quòd alia sint sub hypotheca, alia sine hypotheca; alia sub usuris; alia sine istis; alia sub pœna, alia sine pœna) tunc semper, in duriorem causam solutio facta esse intelligitur, *l.* 1. *l.* 3. *l.* 97. *l.* 103. *ff. de solut.* cùm enim tali casu in potestate debitoris sit, liberè determinare, in quodnam debitum velit solutionem imputare, *l.* 1. *Cod. eod.* semper in dubio præsumitur, facere id, quod sibi utilius est. *Konig. n.* 31. *Engel. n.* 5. Si debita sint cuncta paria, ex omnibus Summis, pro portione solutum, videbitur, *l.* 8. *ff. de solut. Harp. n.* 70.

Dicta procedunt, si utrumque debitum sit *principale*, nam, si alterum sit accessorium (puta, si debeat aliquis mille ex Mutuo, & quingentos ex usuris, quas decem annis non solvit) si offerat quingentos; tali casu censetur debitor solvere usuras, non capitale; quamvis enim debitori utilius foret, talem pecuniam ex capitali deducere, quando quidem hoc modo minuerentur usuræ, cùm usuræ usurarum non debeantur, attamen de Jure quia in tali casu non est in potestate debitoris, sed Creditoris, in quam summam velit imputare, cùm creditor justè possit petere, solvi prius usuras, quàm capitale, ideo non censetur id actum, quod debitori, sed quod Creditori utilius est, *l.* 5. §. 3. *ff. de solut. l.* 1. *Cod. eod. P. Konig. eod. n.* 31. & ista de Solutione te satient; reliqua quæ hoc titulo occurrunt, parum utilitatis habent.

§. ITEM I.

9 Secundus modus, & quidem Juris civilis, obligationem tollendi, est *Acceptilatio*, dicta à verbo *acceptum*, & supino *latum*, desumpta denominatione à forma, sub qua fit; quæ est imaginaria solutio; seu (ut clariùs loquar) quæ est *conceptio verborum quibus interrogatus creditor, debitore congruè, & incontinenti respondet, se id, quod sibi debetur, acceptum ferre*, *l.* 1. *ff. h. t.*

Dixi: esse modum tollendi obligationem, à Jure civili inductum, *l. pen. ff. de solut.* ex quo sequitur, per eam obligationes alias, quàm ex contractu, Jure civili introducto, provenientes, & verbis contractas, qualis est stipulatio, tolli non posse. Fit autem ista acceptilatio per interrogationem, & responsionem, v. g. acceptosne fers 100. Solidos, quos tibi debeo; si Creditor respondeat, acceptos fero, sublata est omnis obligatio, *Schamb. hic.*

Kees ad Instituta. Zzz §. Est

§. Est autem. 2.

Dictum, quod per acceptilationem nulla alia, quàm verborum obligatio, tolli potuerit. Verùm, cùm utile foret, ut & aliæ obligationes hoc modo tollerentur; ideò *Aquilius* hunc modum præscribit, ut priùs illa obligatio in stipulationem transfundatur, & ubi transfusa fuerit, postea per acceptilationem tollatur. In *Exemplo*: debes mihi 100. ex Mutuo. Hanc obligationem realem transfero in stipulationem, hoc modo: promittisne illos 100. quos mihi ex Mutuo debes? si respondeas: Promitto. Sic teneris mihi ex stipulatione, si jam ex postfacto me interroges, acceptosne fers illos 100. & ego respondeam, acceptos fero. Ipso jure sublata est obligatio. *Perez. Inst. hic.*

§. Præterea. 3.

Tertius *modus* tollendæ obligationis, est *Novatio*, quæ nihil est aliud quàm prioris obligationis in aliam obligationem transfusio, atque translatio, *l. 1. ff. de novat.* Fit duobus modis. I. cùm muta-
10 tur, & novatur persona debitoris. In *exemplo*: Sejus mihi debet ex Mutuo: quoniam verò timeo, ipsum mihi satisfacere nolle, accedo Titium, ejus amicum, & in hunc modum interrogo: Titi, promittisne solvere illos centum, quos mihi Sejus debet? si respondeat: *promitto*, solvitur obligatio, quoad Sejum; & nova constituitur quoad Titium. Vides modò quare hæc promissio dicatur novatio? quia videlicet novatur persona debitoris; sive novus constituitur debitor. *Manz. n.* 5. Illud non refert, quænam præcesserit obligatio, naturalis, aut civilis, sive re, sive litteris, sive verbis, sive consensu contracta; omnis enim obligatio verbis novari potest, *l. 1. §. fin. ff. de novat.* Non solùm Juris civilis obligatio, sed etiam Juris gentium. Et in hoc differt ab acceptilatione. Estque ratio diversitatis, quia natura acceptilationis est, radicitùs tollere obligationem, quæ cum sit introducta à Jure civili, non potest tollere obligationes, causatas à Jure gentium; sed natura novationis est, non penitùs, & radicitus obligationem tollere, sed illam potiùs in aliam transfundere; non nimirùm proinde; si obligationes Juris gentium tollantur per novationem, non etiam acceptilationem, cùm faciliùs aliquid transferatur in aliam speciem, quàm in totum perimatur. *Schneid. num.* 5.

Ad Vers. Adeo.

Dicta ampliantur; ut etiam prior obligatio tollatur, & debitor liberetur; licèt obligatio posterior sit nulla, v. g. si id, quod Sejus mihi debet, à Titio pupillo sine Tutoris sui Authoritate stipulatus sum, hoc in casu, etiamsi maximè 11
promiserit; tamen posterior obligatio in persona pupilli vana, inutilis est, quia pupillus absque consensu, & Authoritate tutoris sic obligari non potest. *Manz. n.* 15. Ratio autem, quare liberetur prior debitor, est, quia actus eò modò valere debet, quo potest. *l. 80. ff. de V. O.* & si id, quod ago, non valeat, ut ago; valeat saltem, ut valere potest. Neque ea propter mihi creditori fit injuria. Nam, vel scivi, pupillum obligari, vel nescivi; si scivi, mihi imputare debeo, quòd cum eo novatione usus sim. Si nescivi, non excusor, quia est ignorantia Juris, quæ neminem excusat. Si denique errabam in facto, & putabam, eum esse adultum, adhuc non sum excusatus, quia, qui contrahit cum alio, ejus conditionem ignorare non debet, *l. 19. ff. de R. J. Manz. n.* 17.

Dices:

Dices: Si servus, pro debitore se soluturum, spondeat, non fit novatio; ergò neque, si pupillus promittat. *Resp. neg. conseq.* quia Servus personam non habet, *l.* 32. *ff. de R. J.* debet autem subesse persona, ut novatio fiat. *Schamb. hic.* Ratio alia, quia, ut novatio teneat, requiritur, ut sequens obligatio teneat, vel naturaliter, vel civiliter. Servus autem naturaliter non obligatur, *Schneid. n. 6.*

Clamabis: ergò, cum in persona pupilli novatio fiat, sequitur, quòd pupillus (naturaliter saltem) obligetur, quod nos negavimus, *sup. tit. de Authorit. Tut. ad prin. Quæst.* 3. *Vers. Resp.* Sed inanis est clamor, plus enim non sequitur, quàm, pupillum obligari naturaliter obligatione fictâ, non verâ. *Vid. loc. cit.* & *Glettle ibi alleg. n.* 7.

AD VERS. SED, SI EADEM.

Secundò fit Novatio, quando eadem persona, quæ priùs obligata erit, manet obligata, adeòque quando non mutatur persona, sed causa debendi, v. g. si, quod Titius mihi debet ex causa *Mutui*, deducam in *Stipulationem*. Vel, si in
12 posteriori obligatione, ejusdem generis, quid novi fit, *die*, *conditione*, *fidejussore adjectis*, aut *detractis*, v. g. si mihi priùs promiseris 100. fl. in Festo S. Michaelis solvendos & obligas te mihi nunc in præsens, &c. *Perez. hic.*

AD VERS. QUOD AUTEM.

Si obligationi puræ per Novationem Conditio adjiciatur, talis Novatio non priùs perficitur, quàm conditio extiterit. *Ratio*, quia conditionalis ex eventu conditionis pendet, *cap.* 5. X. *de condit. appos.* Quòd si conditio defecerit, novatio nihil valet, & Prior obligatio inconcussa manet. Non enim præstat impedimentum, quod de Jure non sortitur effectum, *l. Non præstat. ff. de R. J.* acta autem sub conditione non sortiuntur effectum, nisi conditio evenerit, *l.* 213. *ff. eod. Manz. n.* 30.

Ex *dictis* facilè *colliges*, quæ sint *Novationis requisita*? Nimirum requiritur I. quòd sequens obligatio teneat, aut civiliter, aut saltem naturaliter. Si neutro modo tenet, vacillat, & inutilis est novatio, *l.* 1. §. 1. *ff. de novat.* II. ut fiat per stipulationem, *text. hic.* Nam, quando qui nudo pacto constituit, se solu- 13
turum, quod alius debet: non fit novatio, sed constitutum per quod non liberatur prior debitor, sed novus debitor priori obligationi adjicitur, quæ tamen prior obligatio in suo vigore permanet, *l.* 28. *ff. de const. pec. Manz. n.* 10. III. animus novandi: Circa quem secernendum Jus vetus à Jure novo. Jure veteri animus novandi ex variis conjecturis desumebatur, *text. hic.* Jure autem novo non aliter novatio inducitur, quàm, si partes nominatim, & expressè profiteantur, quòd animum novandi habeant. *Schneid. n.* 8.

Porrò, cùm delegatio sit species novationis, & magnam cum ea affinitatem habeat, ideò volumus etiam aliquid de ejus natura disserere. Delegare autem nihil est aliud, quàm vice suâ alium reum creditori dare, quod fit tunc, quando quis mandat debitori suo, ut pro eo solvat creditori ejus, ita, ne creditor con- 14
sentiat, ac debitor per solennem stipulationem ei debitum promittat. *Wann einer seinem Glaubiger seinen Schuldner anweiset.* v. g. debeo tibi 100. & vice versâ, 100. mihi debet Titius. Ego Titii personam pro me tibi delego, cui & tu acquiescis, & Titius promittat solutionem. Requiritur autem I. ad delegationem, ut consentiat creditor meus, *l.* 16. *Cod. de Solut.* Ratio, quia invitus nemo cogitur mutare debitorem suum, etiamsi magis idoneus offeratur, *l.* 45.

§. *item si ff. Mand.* II. ut consentiat debitor meus. Ratio, quia nova obligatio consurgit; invitus autem nemo obligatur. In hoc differt delegatio à cessione, & Venditione nominis debitoris. *Wann einer einen Schuld-Brieff dem anderem verkauffet; oder seine Schuld einem anderem ubergibet.* Et in tali Cessione, aut venditione non requiritur consensus debitoris; sed venditio, & Cessio (etiam ignorante, & invito debitore meô) fit. Ratio differentiæ, quia in Cessione, & Venditione non fit nova obligatio, adeòque novus consensus non requiritur; sed tantummodò solutio, & exactio veteris debi i alteri mandatur. *Schamb hic. ℣. Quæres. Manz. n.* 8. ubi infert, quod pro abundanti cautela hodie instrumentis talis clausula adjungi soleat: promitto solvere creditori, ejus hæredibus, & omnibus justis, sine legitimis possessoribus hujus Chirographi, *allen echtmässigen Inn-haberen dieses Brieffes.*

§. Hoc amplius 4. et ult.

Quartus *modus*, tollendæ obligationis, est, *contraria voluntas*, seu *dissensus*, nihil enim est tam naturale, quàm unum quodque eô modô dissolvi, quo colligatum est, *l.* 35. *ff. de R. J.* Ad hoc tamen, ut hæc conclusio procedat, requiritur, quòd res sit integra. Unde: si vendita est res eaque tradita, 15aut pretium solutum est, non potest simpliciter contrariâ voluntate recedi à contractu emptionis; nisi interveniat actus, priori similis, ita ut pretium restituatur, & ultrà dissensum res vendita retro tradatur. Estque ratio in, *d. l. nihil dammatur.* 35. posita. *Schneid. n.* 2. Ex quo sequitur, quòd aliæ obligationes, quæ solô consensu non contrahuntur, sed re ut *mutuum*, vel *Verbis*, ut *Stipulatio*, sola contrariâ voluntate non tollantur; sed debeat intervenire actus, retro similis priori, v. g. in Mutuo retro traditio in stipulatione, ut obligatio in Aquilianam stipulationem transferatur; *ibid.* Sunt præterea præter recensitos, obligationes dissolvendi, modos aliqui alii, de quibus *breviter.*

I. Est *compensatio*, quæ est, *debiti & crediti inter se contributio*, de hac specie agemus *infrà* §. 30 *de Act.*

II. Modus est *Confusio*, si v. g. debitor suo creditori; vel Creditor suo debitori hæres existat, tunc enim confunduntur ipsorum bona, & Jura, & dissolvuntur eorum obligationes. Ratio, quia hæres & defunctus censentur una eademque persona, & nemo potest sibi ipsi debere, §. 15. *Inst. de a℈.*

III. Modus est *Interitus rei debitæ*, si enim res in specie fuit debita, nocet interitus creditoris, *l.* 23. *ff. de V. O.* & §. 3. *Inst. de Empt. & vend.*

IV. Modus est *oblatio realis rei debitæ cum depositione, in loco debito*, puta, judicio, *l.* 9. *Cod. de solut. Schneid. hic. n.* 1. Dico, *realis*, quia verbalis, quando quis dicit, se paratum esse solvere, non sufficit; nec sistit usurarum cursum. *Schneid. ibi.*

V. Modus est *Redditio Chirographi.* Nam creditor, restituendo debitori Chirographum, videtur facere pactum de non petendo, *l.* 2. *ff. de Pact.* Secùs est in restitutione pignoris, quia creditor, restituendo pignus, non videtur remittere debitum. Ratio differentiæ, quia *Restitutio Instrumenti* non potest importare aliam *Commoditatem*, quàm *Remissionem debiti*, quod secùs est in pignore. *Schneid. n.* 19. *hic.* ex eo tamen non præsumitur liberatus debitor, quod instrumentum apud ipsum reperiatur, sed debet instrumenti redditionem probare, nisi sit persona talis, quæ non est domestica, *l.* 24 *ff. de probat. Schneid. loc. cit. in fin.*

INSTI-



INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

LIBER IV.

TITULUS PRIMUS
DE
OBLIGATIONIBUS,
QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

SUMMARIA.

1 *Qualis oriatur Obligatio ex Delictis?*
2 *Quotuplicia sint Delicta?*
3. 4. 5 *Actiones pœnales quando transeant ad Hæredes, vel quando non transeant?*
6 *Definitur Furtum.*
7. 8. 9 10 & 11. *Explicatur Definitio.*
12 *Etymologia Furti unde ducatur?*
13 *Furtum aliud manifestum, aliud nec manifestum.*
14 *Furti pœna Jure Austriaco.*
15 *Si Fur, rupto laqueo, decidat, an liberetur?*
16 *Judæus an à Collo, an à Pede suspendi debeat?*
17 *Usus, & Possessionis quomodo committatur Furtum?*
18 *Liberi Hominis quomodo committatur Furtum?*
19 *Item, quomodo rei suæ?*
20 *Opem ferens, vel Consilium præbens ad Furtum quomodo puniatur?*
21 *Filius an Patri dicatur Furtum facere?*

22 *Cui competat Actio furti?*
23 *Creditori, ratione pignoris, an detur?*
24 *An fulloni?*
25 *An Depositario?*
26 *An contra impuberem competat?*
27 *Quid sit civiliter & quid criminaliter agere?*

AD PRINCIPIUM.

Quandoquidem *Ordine*, & rectâ *Methodô* nihil vel pulchrius ëst vel præclarius, vel ad Usum accommodatius, Teste *Socrate* (accuratus enim Ordo tum ad *Rei*, de qua agitur, *Cognitionem* & *Intelligentiam* quam plurimum conducit, tum *Memoriam*, cæteroquin labilem, *l.* 44. *ff. de acquir. vel amitt. Poss.* vehementer juvat; informatque (idcircò *Imperator* noster laudatissimus ipse *Rationem* subnectit, quare *Libro IV.* Materiam de *Obligationibus* ex *Delictis* subjiciat? ideò nimirum, quia omnis Obligatio descendit ex *Contractu*, vel *Quasi-Contractu*, ex *Delicto*, vel *Quasi-Delicto*. De iis, quæ ex *Contractu*, vel *quasi tali* descendunt in *Libro III.* dispeximus. *Superest*, ut de iis, quæ ex *Delicto*, vel *quasi* oriuntur, *agamus*. Differunt autem in eo, quòd illæ in quatuor genera dividantur, adeòque *Re* aut *Verbis*, aut *Litteris*, aut *Consensu* contrahantur; hæ verò unius generis sint, & omnes ex re; id est, ex ipso facto, sive delicto nascantur, *tex. hic.* & in *l.* 4. *ff. de O. & A. Harp. n.* 10. *hic.*

1 *Q.* I. *qualis Obligatio ex Delictis oriatur?* ℞. utramque oriri, *naturalem*, & *civilem*. De civili *dubitandum* non est, quoniam & nomina, & Pœnas Delictorum à Jure civili inventas esse, in confesso est, & Delicta puniri debere, omnes Leges statuunt *l.* 51. §. 2. *ff. ad Leg. Aquil. l.* 13. *de Off. Præs. l.* 3. *Cod. de Episcop. audient.* Ipso deinde *Senecâ* teste, sanctissimum Officium est, si fiat Justitia de criminosis; nec potest pinguior Victima mactari Deo, quam Homo sceleratus. Unde Judex Malefactorem non debet concedere Puellæ, petenti eum Maritum, *l. Servos* 8. *Cod. ad l. Jul. de Vi publ.* cùm solus Princeps remittat Pœnam, *l.* 27. *ff. de Pœn. Schneid. n.* 3. *hic.* De *naturali Obligatione*, num hæc ex Delictis oriatur, major est dubitandi Ratio; tametsi enim Delinquens in hoc consentiat, ut delictum fiat; non tamen in hoc consentire videtur, ut ex Maleficio obligetur. Verùm unò ore DD. statuunt; ex delictis etiam naturalem Obligationem oriri. Jure enim naturali ut quis obligetur, non semper Consensu opus est, cùm sufficiat, quòd naturalis æquitas id statuat. Sic, qui Beneficium accepit, naturali Æquitate ad benefaciendum obligatur; licet in hoc, ut obligetur consensum non sit, *l* 25. *Consuluit. ff. de petit. Hæred.* Quinimò, quis delinquendo se ad pœnam delicto prædestitutam, obligare intelligitur, eò quòd, cùm *Antecedens voluerit*, *Consequens* simul etiam voluisse, censeatur, *l.* 34. *ff. de Jure Fisci.* Non proinde attenditur, consensus in Obligationem ex Dilecto adsit, nec ne. Sufficit enim quandoque ad hoc, ut Obligatio naturalis consurgat, quòd naturalis Æquitas id suadeat, prout in nostro casu suadet, ut Delicta puniantur, ne Societas humana turbetur, *l.* 70. §. 5. *ff. de Fidejuss.* ubi dicitur: Pœnas ob Maleficia solvi, magna ratio suadet. *Accedit*, quòd naturalis Obligatio ex Sententia condemnatoria oriatur, licèt Condemnatus non consentiat. Judicium enim in Invitum redditur, *l.* 83. §. 1. *ff. de V. O.* ex illa scilicet Æquitate naturali, quæ vult, Magistratibus obtemperandum esse *l.* 2. *ff. de*

ff. de J. & J. Arumæ. Exercit. 17. *th.* 1. *Schneid. hic. Harp. n.* 11.

2 Visò qualis *Obligatio* nascatur ex *Delictis*, sequitur, *quotuplicia sint Delicta?* sunt autem duplicia, *publica*, & *privata*. Publica sunt, quæ *speciali Lege publicâ* sunt affecta. Qualia sunt, *Crimen læsæ Majestatis*, *Parricidium*, *Homicidium*, *Adulterium*, *Falsum* &c. de quibus *Tit.* 18. *hoc lib.* Privata dicuntur, *quorum Persecutio privatæ duntaxat Personæ, cujus interest, conceditur.* Id genus hic quatuor enumerantur, puta, *Furtum, Rapina*, *Injuria*, *Damnum* &c. Porrò, priusquàm ad Expositionem horum quatuor Delictorum descendamus, pro pleniori hujus materiæ Intellectu aliquot Principia notanda, duxi.

3 I. Est, Actiones pœnales, ex delictis defuncti descendentes, adversùs hæredes, & cæteros successores, non competunt, *l.* 38. *ff. de R. J.* pœná (*inquit*) ex delicto hæres teneri non debet, *l.* 20. *ff. de Pœn.* si pœna alicui irrogatur, receptum est, ne ad hæredes transeat. Id ipsum confirmatur ex Jure Divino. *Non occidêtur parentes pro filiis, nec filii pro parentibus; sed unusquisque pro peccato suo moriatur.* Estque ratio, quia pœna constituitur in emendationem delinquentis, quia, si moriatur, meritò pœna, utpote quæ suos duntaxat Authores sequitur, *l.* 26. *ff. de Pœn.* desinit, præcipuè, quia delicta morte delinquentis extinguuntur, *l.* 5. *ff. de Calum. Harp. num.* 14.

Limitatur I. I. prædicta regula, nisi his cum *defuncto contestat fuerit*, *l.* 139. *l.* 164. *ff. de R. J. l.* 26. *ff. de Pœn. l.* 22. *Cod. eod.* estque ratio, quòd per litis contestationem defunctus quasi contraxerit: sicut ergò debitum ex vero contractu ad hæredem transit, ita id, quòd per litis contestationem quasi contractum est, ad eos transmittitur; qualiscumque ergò sit actio, sive pœnalis, sive rei persecutoria, sivè mixta, per litis contestationem continuatur ad hæredes. *Hunn. var. resol. lib.* 4. *part.* 6. *Quæst. in fine*, quod intelligendum de delictis duntaxat privatis. *Brunnem. in l. un. Cod. de del. def.*

Limitatur II. nisi ad hæredes quid pervenerit, hoc enim casu ex delicto defuncti hæres tenetur, *l.* 38. *ff. de R. J.* & *l. un. Cod. ex Delict. Defunct. In quant. hæred. conven.* quod non tantùm in *privatis*, sed & publicis delictis procedit. *Brunnem in d. l. un.* estque ratio, quia turpia lucra etiam ab hæredibus extorquenda sunt, *l.* 5. *ff. de Calumniat. Harp. n.* 16. Ex his à contrario infertur, si nihil ad hæredes pervenerit, quòd ex delicto defuncti non teneantur hæredes. Verùm, hoc ipsum

Limitatur, ut procedat de Jure civili, non verò de Jure Canonico, de hoc enim Jure hæres tenetur pro viribus hæreditariis ad exonerandam defuncti conscientiam, etiamsi nihil ad eum pervenerit, *cap. ult. de sepult. cap. in litteris* 5. *de rapt. cap. tua* 9. *de usur. Gomez. var. resol. tom.* 3. *cap.* 1. *n.* 85. *Covar. lib.* 3. *var. res. cap.* 3. *n.* 7. *Brunnem. in d. l. un. Zoës. ad Jus Canon. de sepult. n.* 11. Unde aliquod notabile sequitur; puta, quòd si quis stupraverit virginem, & decedat ante litem motam, non poterit talis delibata virgo agere contra hæredes pro damno, & interesse de Jure civili, secùs de Jure Canonico, de quo hæres pro viribus hæreditariis tenetur exonerare conscientiam defuncti. *Gomez. l. cit. n.* 84. *in fine.*

Secundum axioma est: nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut unius impunitas detur. Qui igitur hominem surripuit, & occidit, quia surripuit, furti, quia occidit, legis Aquiliæ actione 4

teneturs

tenetur, neque una harum actionum alteram consumit, *l 27. ff. ad leg. Aquil. l. 2. ff. de privat. delict. Harp. num.* 34.

5 Tertium principium est, quòd ex quocunque maleficio, sive privato, sive publico duplex Judicium nascatur, & agatur vel *civiliter*, vel *criminaliter*. Civiliter quis agere dicitur, quando illud, quod petitur, est parti applicandum, licèt sit pœna, & ex delicto agatur. Quandò verò ad pœnam, Fisco applicandam, agitur, licèt sit pœna pecuniaria, criminaliter agi dicitur. *Schneid. n.* 8. *hic.* aliter explicat *Manz. de injuriis.* §. 10. ubi ait, quòd is dicatur criminaliter agere, qui petit, ut reus puniatur ex arbitrio Judicis corporaliter, vel, ut pœna Fisco inferatur, *Gail.* I. *Obs.* 65. *n.*2. Illud tamen non ignorandum, quòd una harum actio consumat alteram, *l.* 56. §. 1. *ff. de Furt.* estque ratio, quòd nemo debeat ob idem crimen duplici pœna affici, *l.* 14. *ff. de Accusat.* & cùm utraque actio & civilis, & criminalis ad pœnam, & vindictam tendat, Juris autem sit, quòd si plures actiones ad idem concurrant, una tantum experiri possit, rectè asseritur, quòd una alteram absumat. Ita *Gail. d. loc. Harp.n.*43. *hic. Humm. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 30. *Quæst.* 17. *Manz.* 10. §. *Inst. de Injuriis num.* 7.

Dissentit *Gomez. var. resol. tom.* 3. *cap.* 5. *n.* 4. & quidem I. per *l. ult. ff. de furt.* ubi, postquàm decisum, quòd quis criminaliter ex furto agere possit, hæc verba subjiciuntur: *non ideò tamen minùs, si quis velit, poterit civiliter agere*; sed ℞. Juris Consultum non velle, ut simul, & semel, sive cumulative, de furto agi possit, sed alternativè, ut sensus sit, quòd quis non tantùm criminaliter, sed civiliter ex furto agere possit. *Harp. d. loc.*

II. per *Auth. sed novo Jure Cod. de serv. fugit.* sed ℞. quòd ista constitutio de latrone specialiter concepta sit. His in antecessum præmissis, subintrat

§. Furtum. I.

Definitur furtum, quòd *sit contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere, text. hic.* adde: *invito Domino, facta.* 6

Dicitur I. *Contrectatio*, id est, rei alicujus ablatio, sive amotio de loco ad locum. 7

Unde sequitur I. Si quis ingrediatur in domum alienam animô furandi, quòd fur non sit, nec furti pœnâ affici debeat: ratio, quia non contrectavit aliquid aut de loco ad locum amovit: ratio alia, quia delicta de assumpto actu, & subsecuto eventu intelligenda sunt, non secundùm propositum tantùm, *l.* 225. *ff. de V. S.* nam propositum, in mente retentum nihil operatur, *l.* 7. *Cod. de condict. ob caus.* Ratio, quare pœnâ furti affici non debeat, est; quia cogitationis pœnam nemo patitur, *l.* 18. *ff. de Pæn.* quia tamen talis ingressus est mali exempli, ideò talis, saltem extra ordinem, puniendus. *Manz. n.* 6. Illud tamen certum est, à tali committi furtum Theologicum; sive in foro poli, de quo sola animi intentio ad tribunal vocatur, *Exod. cap.* 20. ℣. 17. *Harp. n.* 5. Sanè, licèt subinde res de loco ad locum non amoveatur, tamen committitur furtum: sic, licèt debitor non auferat instrumentum, sed tantùm inter deleverit, furtum tamen committit, amovisse enim videtur, qui corrupit, *l.* 27. *in fine ff. de furt. Schneid. hic. n.* 2.

Sequitur II. *rerum immobilium* furtum non committi, quia moveri de loco in locum non possunt. *Perez. Inst. hic.*

Sequitur

Sequitur III. quòd inficiendo deposi-tum, quis furtum non committat: ratio, quia non Inficiatio sed Contrectatio furtum ponit; licèt talis inficiatio propè furtum sit, ut ait, *l. 67. ff. de furt. Manz. n. 7.*

8 Dicitur II. *Fraudulosa*, furtum enim sine dolo malo non fit, *l. 50. §. 2. ff. eod.* unde, si quis rem alienam aufferat, putans suam esse, furtum non facit. §. 7. *Inst. h. t.*

9 Dicitur III. *lucri faciendi causa* unde, si quis rem absque lucri animo aufferat (v. g. *Vitrum*) & frangat illud, non committit furtum; sed incidit in aliud delictum, quod vocatur damnum, injuria datum, vindicatur *ex Lege Aquilia.* Sic & is furti non tenetur, qui libidinis causa, alienam Ancillam meretricem rapit: qui tabulas testamenti, aut alia instrumenta, occultandæ veritatis causa, amovet, *l. 39. ff. de furt. l. 27. ff. eod.* talis enim plagium, *l. 43. §. 4 ff. eod.* & crimen falsi committere dicitur, *l. 16. ff. ad leg. Cornel. de fals. Harp. n. 24. & num. 25. Manz. n. 14.* Maleficia enim propositum, & voluntas delinquentis distinguit, *l. 53. ff. de furt.*

10 Dicitur IV. *vel ipsius rei* (puta, *corporalis*) incorporales enim res, cùm tangi non possint, furtum non ponunt, ob sui ablationem. *Mobilis*, quia immobiles objectum furti non constituunt. *Alienæ*, rei enim suæ furtum non committitur.

Dicitur V. *vel usus ejus*, potest enim fieri furtum usus. Sic depositarius utens re deposita, creditor re oppigneratâ, commodatarius aliter re commodata, quàm conventum est, id si faciant, deponente debitore, & commodante invitô; furtum committunt, §. 6. *h. t. Schamb. hic.*

Dicitur VI. *Possessionisve*: sic si debitor rem oppigneratam Creditori aufferat, cùm possessio debitoris non sit, furtum committit, §. 10. *Inst. h. t.*

Dicitur VII. *quod lege naturali prohi-*
bitum est admittere. Ista verba ad sub- 11
stantiam definitionis parùm videntur esse necessaria. Denotant tamen, furtum natura turpe esse, *l. 42. ff. de V. S.* quæ vult neminem debere cum alterius jactura locupletari, *cap. 48. de R. I. in 6.* unde etiam præceptum Decalogi sancit: *non furtum facies.*

Dices: si furtum esset natura turpe, esset, & fuisset apud omnes gentes prohibitum; atqui non fuit prohibitum apud Spartanos, Lacedæmonios, Ægyptios &c. furta enim impunita reliquerunt, ergo natura turpe furtum non videtur. ℞. ex perversa unius, vel alterius gentis natura non benè inferri, mutari Jus naturale. Esto proinde, furta apud nonnullos populos fuisse impunè relicta; exinde tamen male intuleris, & jus naturale illa concessisse; aut apud nos concessa esse, *Schamb. hic. Harp. n. 55.*

§. Furtum Autem. 2.

Furti ethymon vel à furvo, id est, 12
nigro, trahitur, vel obscuro, quia plerumque clam, & obscurè, sive de nocte in tenebris fieri solet, tenebræ enim ad delinquendum sunt aptæ, *l. 1, §. 4. ff. de vent. inspic.* vel à fraude, quia sine fraude uon committitur; vel à ferendo, id est, aufferendo, quia in iis solummodo rebus locum habet, quæ de loco ad locum moveri possunt; quidquid sit, parum illhæc inquisitio utilitatis habet.

§. Furtorum. 3.

Furtum dividitur in *manifestum*, & 13
non manifestum. Illud dicitur, quando fur in ipso flagranti crimine deprehendi-

tur, veluti in loco, ubi maleficium commiserat, vel etiam in alio loco, publico, vel privato, antequam eo pervenerat, ubi destinavit, rem furtivam deponere, vel eo die manere cum furto, *l. 4. ff. de furtis*. Idem est, etiamsi non apprehendatur: sed conspiciatur ab ipso Domino, vel etiam ab alio, & ei acclametur; licèt, furtiva adjecta, aufugerit, *l. 7. §. 1. ff. eod.* Non manifestum vocatur, quando fur rem eò jam pertulit, quò perferre eo die destinaverit, vel, quando non apprehensus est, nec ei acclamatio facta, contrariorum enim est eadem disciplina, ita ut, cognito uno de contrariis, cognoscatur & alterum, *text. hic.* Illud certum est, quòd si Dominus furem viderit se autem occultaverit, ne à fure conspiciatur, fortè quia necem timuit, non dicatur fieri furtum manifestum, *l. 7. §. 1. ff. h. t. Schneid. hic. n. 4.*

§. CONCEPTUM. 4.

Erant olim adhuc quatuor alia furtorum genera. Furtum *conceptum*, *ablatum*, *prohibitum*, & non *exhibitum*, de quibus vide, *Manz. n. 9. hic.* ubi testatur istas quatuor species furtorum exolevisse. Illud tamen observa; quòd si constet, in domo quapiam furem latere, vel rem furtivam, sive indicia, circumstantiæ, aut fama sit, rem ibi occultatam esse, implorato Judicis officio nobili, Inquisitio fieri adhuc hodie possit, & soleat. *Schamb. Manz. & Harp. hic.* ita ut is, qui scienter rem furtivam suscipit, eamque cedat, actione furti nec manifesti teneatur, *text. hic.* & *l. 14. Cod. de furt.* qui verò furem celat, teneatur pœna de receptatoribus, *l. 48. §. Qui furem ff. de furt. Schneid. n. 5.*

§. POENA. 5.

Variæ olim pœnæ fures sequebantur; posteà tamen eo deventum, ut pœna manifesti furti quadrupli esset, pœna autem nec manifesti dupli, ita ut quadruplo vel duplo æstimatio rei furtivæ non insit, ut ecce: abstulit mihi quis argenteum Scyphum valentem 20. fl. si clam furtum intulit præter Scyphum tenetur 40. fl. Sin palam 80. fl restituere. *Ratio* porrò hujus pœnæ dari non potest quia pœnarum constitutio Juris est constituti non recepti, & pœnæ omnes Principi sunt arbitrariæ. *Manz. n. 5.*

Hodie furti manifesti, & nec manifesti ratio differentiæ vix ulla habetur. *Fridericus* enim *Imperator* in *§. fin. tit. de pace tenenda, & ejus violat. lib. 2. feud. tit. 27.* constituit, ut furtum manifestum illud sit, sive nec manifestum, capitale foret, & quidem is, qui 5. solidos contrectavit, laqueo suspendatur; qui minùs, scopis & forcipe excorietur, & tundatur.

Verùm, & ista constitutio non ampliùs per omnia viget; sed non nihil reformata est à *Carolo V. Imperatore* in sua *Constitutione pœnali (in der peynlichē Hals-Gerichts Ordnung,)* ubi constituit, ut pro qualitate personarum, pro quantitate rerum ablatarum, pro frequentia contrectationum, & varietate aliarum circumstantiarum fures vel ad duplum, vel quadruplum, vel ad pœnam carceris fustigationis, relegationis, aurium abscissionis, vel etiam ad laqueum condemnentur, prout videre est in lingua nostra germanica ab *art. 157. usque ad art. 158.*

De *Jure Austriaco* Constitutio criminalis *part. 2. art 84.* ita se habet: *Wann der erste Diebstahl*, &c. i. e. *Cùm primum furtum est 25. fl. vel ampliùs; aut cùm fur* 14

fur jam anteà ob furtum parvum, bis pœnas dedit, nec tamen se emendavit, & furta iteravit; quanquam ea non ascendant ad summam 25. fl. debet masculus laqueo, femina gladio puniri. Cum verò furtum non majus est ac 10. fl. nec ultrà secundam vicem patratum; vel cum aliæ mitigandi circumstantiæ adsunt: tunc pœna ipsi erit infligenda quam judex arbitrabitur

Dubitatur, *an fur, ad laqueum legitimè condemnatus, si, rupto laqueo, incolumis de patibulo in terram deciderit, iterata vice suspendi debeat?*

Negative subscribunt Authores *Fide* & *Doctrina* non infimi. *Gomez. tom. 3. cap. 13. n. 37. Wesenb. in parat. ff. de pœn. num. 9. Arum. exercit. 17. th. 8.* Moventur ideò, quia ejusmodi delapsum miraculo attribuunt; eò quòd rarò, & insolitè accidat; contra miraculum autem non agendum sit. Deinde ait sacra Scriptura) *laqueus contritus est, & nos liberati sumus, Psal. 174. ỷ. 7.* ergò & fur liberandus, si, fracto laqueo, deciderit.

Verùm *affirmativa* Juri conformior est, quia sententia Judicis suum debet Effectum sortiri, & realiter Executioni mandari, *l. 10. Cod. de pœn. Const. Carol. Art. 162. und solle der Mann mit dem Strang. von dem Leben zu dem Todt gestraffet werden.* &c. i. e. *& debet masculus laqueo mortiferè puniri.* Et is demum pro absoluto habetur, qui Pœnam persolvit, *arg. l. 7. ff. de Jure pat. Harp. n. 86. Hunn. ad Treutl. loc. cit. Quæst. 27.* & *ibi Bachov.*

Ad *Rationes dubitandi* ℞. Miraculo adscribi non debere, quæ naturalem causam habent, puta; *infirmitatem Funis*, aut *Catenæ* &, *gravitatem Oneris appensi*, aut *Negligentiam Carnificis.* Deinde, *Psalmus* iste ad rem planè nullatenus facit, quoniam gratiarum actionem Populi Israëlitici continet, eò quòd à Philistæorum Armis, quibus dudum peracerbe vexabantur, liberati fuerint. Sanè, si de sua Innocentia protestatus sit, & desuper, Fune ruptò, deciderit, non video, cur res suspecta fieri debeat? ut proinde absolvi posset, cùm tutiùs sit, quàm Innocentem damnari. *Arum. loc cit*

16 *Quæres: an Judæus à Collo, an à pedibus suspendi debeat? Resp. à Collo*, nisi aliud *Consuetudine* receptum sit. Ratio, quia Judæi Jure communi Romano utuntur, & secundum Leges Romanas judicantur, *l. 8. Cod. de Judæ.* In Jure autem Romano nullibi reperitur cautum, quòd Judæus Fur à Pedibus suspendi debeat, ergò id sine Lege non asserendum, præcipuè quòd Judæi pro Furtis eadem qua Christiani, pœna, non duriori, affici soleånt. *Harp. n. 104. hic.*

§. FURTUM. 6.

17 Furtum non solùm committitur *per rei alienæ Amotionem*; sed etiam per quamcunque *Rei*, *usus*, vel *Possessionis Contrectationem*, veluti *si Creditor utitur Pignore, Depositarius Re deposita, Commodatarius Re commodata ad alium usum, quàm conventum est.* Item *si longius abeat cum Re commodata &c.* in hoc Furto duplicatur non ipsa *Proprietas Rei*, sed *solus Usus*, sive *Interesse* Domini concernens usum. *Schneid. hic.*

§. PLACUIT. 7.

Dicta autem non aliter procedunt, quàm si sciant, aut probabiliter scire possint, id, invito Domino, facere, cumque, si intellexisset, non permissurum, quia furtum sine affectu furandi non committitur, *text. hic* & in *l. 77. §. 2 ff. de Usucap. Schamb.* Ratio alia, quia furtum non est sine dolo; à dolo autem excusat quælibet credulitas, & error. *Manz. n. 1.*

§. Sed et Si. 8.

Quæritur hic, *an furtum committatur, si aliquis credat, se rem commodatam, vel aliam quamcunque, invito Domino, contrectare; Dominus autem invitus non sit. Resp.* in textu furtum non fieri: propria enim furti natura est, ut, invito Domino, fiat. Quod procedit de foro fori; non foro poli: quia in foro conscientiæ talis revera furtum commisit; licet ad restitutionem non teneatur.

Ad Vers. Unde.

In *hoc* ℣. proponitur talis casus: *Titius Servum Mævii incitavit, ut quasdam res domino suo surriperet, & ad eum perferret. Servus id domino suo patefecit. Dominus, volens Titium in delicto deprehendere, permisit, ut Servus quasdam res ad Titium perferret.* Quæritur, *utrùm Titius teneatur judicio furti, an verò servi corrupti?* Quidam putabant, neutro judicio teneri. Non furti, quia furtum non fit, sciente, & volente domino. Non servi corrupti, quia servus corruptus non fuit. *Imperator* tamen statuit, quòd *furti*, & *servi corrupti actio* adversus Titium detur, *text. hic.* & in *l.* 20. *Cod. de furt.* Ratio est duplex in *text.* quia, tametsi servus corruptus non fuerit, consilium tamen corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum erat, & ne ex hujusmodi impunitate in alium servum, qui facilè posset corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur, *text. & Manz. hic.*

§. Interdum. 9.

Imperator ostendit in *hoc* §. quod etiam liberi hominis (v. g. filiifam.) in potestate existentis, furtum fieri possit, ita ut pater contra furem consequatur actionem furti ad duplum, vel ad quadruplum, *text. hic.* & in *l.* 14. §. 13. *ff. de furt.*

Dices, quomodo pater poterit ad duplum, vel quadruplum agere; cùm tamen liberum corpus non recipiat æstimationem? ℞. à fure præstandum esse duplum, aut quadruplum ejus, quod patris interest, filium non esse ablatum, v. g. quia interea pater opera filii carere debuit *Schneid. hic.* Mater, cum filium non habeat in potestate, actionem furti pro filio ablato non habet, *l. Mater.* 48. *ff. eod.* Illud notandum, quòd subtrahens filium, vel alium hominem liberum, animo celandi, vel privandi, incidat etiam in pœnam capitalem, & ex *Lege Fabia*, tanquam *Plagiarius* puniatur, *l.* 3. *ff. de plag. Harp. n.* 3. *hic.*

§. Aliquando. 10.

19 Aliquando etiam quis potest suæ rei furtum facere, v. g. si debitor rem suam, creditori oppigneratam, subtrahat. *text. hic.* & *l.* 19. §. 5. *ff. Furt.* Ratio, quia auffert ei possessionem, quæ ad creditorem spectat, *l.* 16. *ff. de usucap.* quo tamen casu res propriè furtiva non sit, ita ut tamen usu capi possit, *l.* 4. §. 21. *ff. d. t.*

Non obstat, *l.* 6. *Cod. de usu-cap. pro emp.* ubi apertè negatur, rem à debitore subtractam usu capi posse. *Resp.* sic quidem usu capi non posse, ita ut Jus creditori salvum non maneat. Salvo tamen Jure creditoris, usu-capi potest. *Schamb.* §. 3. *Inst. de usu cap. aliter Harp. hic. n.* 7.

§. Interdum. 11.

20 Quæritur in hoc §. *an & is teneatur furti, qui consilium, ad furtum faciendum, dedit, vel opem tulit?*

Observa, quòd is dicatur opem ferre, qui ministerium, servitium, sive adjutorium, ad surripiendas res, præbet, *Text. in l.* 5. §. 3. *ff. de furt.* v. g. qui scalas

ſcalas feneſtris ſupponit; aut ipſas feneſtras, vel oſtium effringit, ut alius furtum faceret. Item is, qui *claves adulterinas, ſcalas* aut *ferramenta* ad effringendum commodaverit; vel etiam ille, opem tuliſſe, dicitur, *qui tibi nummos excuſſit, ut alius raperet; aut obtentu togæ, corporisque objectu aſpectui tuo obſtitit, ut alius rem ſurriperet*, &c. Conſilium dare dicitur, qui *perſuadet*, & *impellit*, atque inſtruit conſilio, ad furtum faciendum, *l.* 50. §. 3. *ff. de furt.* His præmiſſis,

Reſp. I. Certum eſſe, illum, qui opem, & conſilium, copulativè tulit, furti teneri, *Text hic*, quia non multùm abeſt à contrectatione, furtò videlicet ſubſecutò. Idem eſt, ſi quis opem tantùm tulit, *Text. hic.* ℣. *At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo tenentur*: licèt enim talis rem à parte rei non contrectet, interpretatur tamen, contrectaſſe. *Manz. n.* 11. Illud tamen requiritur, utroque caſu ſciat; ad quid opem ferat; & concurrat, *Tex. hic. ſciens, cujus rei cauſa*; quia furtum ſine dolo non committitur. Unde, ſi bonâ fide ſcalas commodaverim, & ut iis ad furandum uſus fueris, ego furti non teneor, ignorantia enim facti alieni excuſationem meretur, *l. fin. ff. pro ſuo.* Item, ſi quis ex petulantia, & levitate opem aut conſilium ferat non actione furti, ſed in factum tenetur, *Text. hic.* Ratio, quia furtum, ſine effectu furandi, non committitur. Item, voluntas, & propoſitum diſtinguunt maleficia.

AD VERS. CERTE.

Quæritur: an ille furti teneatur, qui Conſilium tantum præbet? ℞. intereſſe, an furtum ſit ſubſecutum, nec ne? ſi prius, tenetur, *l.* 36. *ff. de furt.* ſi poſterius, non tenetur, quia furtum non verbis, ſed factis committitur, *l.* 52. §. *Neque verbo, ff. eod. Harp. n.* 5.

§. HI, QUI. 12.

Quæritur in hoc. §. *an etiam filius, & ſervus furtum faciant, quando Patri aut domino rem quandam ſurripiunt?* ℞. videri dicendum, quòd non; quia pater, & filius, ſervus & dominus, una eademque perſona eſſe, intelligitur; ſibi autem ipſi nemo poteſt furtum facere. Deinde filius, vivò adhuc patre, dicitur eſſe rerum paternarum dominus, *l.* 11. *ff. de lib. & poſthum.* Rei autem ſuæ non datur furtum, ergò, &c.

Verùm contrarium *hic* deciditur, & in *l.* 17. *ff. de furt.* Ratio, quia magis veritas, quàm fictio civilis attenditur, juxta regulam: *concurrente Veritate, & Fictione, præfertur Veritas, l.* 23. *ff. de lib. & poſthum.* itaque res, à filio ſubtracta, efficitur furtiva, & ita vitioſa, ut uſucapi non poſſit, niſi redeat in poteſtatem patris, vel domini, *l.* 48. *ff. de furt.* Caveas proinde, ne emas rem, Patri ſubtractam à filio; ſi enim hoc facis ſcienter, furti teneris, *arg. l. Eos Cod. de furt.* ſi verò ignoranter, non potes uſu capere, §. 2. *ſup. de uſu cap. Schneid. n.* 1.

AD ℣. SED FURTI.

Tametſi in *caſu* §. *noſtri* in rei veritate committatur furtum, tamen contra furantem actio furti non datur. Ratio eſt in *textu*, *quia* nec ex alia ulla cauſa poteſt inter eos actio naſci. *Accedit*, quod actio famoſa, qualis eſt *actio furti*, inter patrem & filium, locum non habeat, *l.* 11. *ff. de dolo.* Idem eſt in uxore, faciente furtum de rebus mariti, *l.* 52. *ff. de furt.* ſi proinde Uxor, ſtante matrimonio, furatur Marito, non actione furti, ſed rerum amotarum convenitur, *tot. tit. ff. rer. amot. Manz. n.* 8. *hic.*

§. Furti. 13.

Quæritur hic: *cuinam competat actio furti?* & R. quòd ei, cujus interest, rem non esse subreptam, sive dominus sit, sive non, *Text. hic.* & *l.* 16. junct. *l.* 11. *ff. de furt. l. ult. Cod. eod.*

Requiritur autem I. ut intersit ex honesta causâ, *l.* 11. *l.* 76. §. 1. *ff. de Furt.* si enim ex inhonesta causa intersit, ut si malæ fidei possessori, aut ipsi furi res surripiatur, furti actio, regulariter non datur, *l.* 12. §. 1. *ff. eod.* Estque ratio, quia nemo ex improbitate sua actionem consequi debet. *Manz. n.* 4 & 5. *hic.*

II. Requiritur, ut intersit propter damnum datum, nam, si præcisè intersit propter ereptam lucri occasionem, hæc actio non datur. Unde si rem tibi subtraxerim, quam pro hærede possides, furti actione non teneor, *l.* 71. *ff. de furt.* ubi dicitur, interesse enim ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus esset *Manz. h.* 3. *hic.*

Non *obstat l.* 13. *ff. rem ratam haberi*, ubi *Paulus* interesse definit, non tantùm damnum emergens, sed etiam lucrum cessans Siquidem R. in nostro casu solum damnum emergens contineri, fortè ideò, quia hæc actio odiosa est, & proinde restringenda. *Harp. n.* 6.

III. Ut intersit, ratione Juris realis, v. g. proprietatis, pignoris, possessionis, usus &c. nam rei, solùm promissæ aut debitæ, nulla habetur ratio. Unde, si mihi res quædam per stipulationem promissa aut vendita fuerit; posteà verò ante traditionem promissori vel venditori subtracta, contra furem actione furti agere non possum, *l.* 85. *ff. de furt.* quia ante traditionem tantùm Jus ad rem, non in re habeo, adeòque meâ, ratione Juris realis non interest. *Harp. n.* 7.

§. Unde Constat. 14.

Ex *dictis sequitur* I. Quòd creditor de 23
pignore surrepto, quamvis ipse debitor surripuisset, furti agere possit, *Text. hic.* & *l.* 12. §. 2. *ff. de furt.* quia ejus interest, cùm expediat ei, pignori potiùs incumbere, quàm in personam agere, *Text. h. c.* & plus sit cautionis in re, quàm in persona, *l.* 25. *ff. de R. J.*

§. Item, Si Fullo. 15.

Sequitur II. Si Sartori v. g. vestis reparanda vel facienda sub certa mercede data, eique furto subrepta sit, sartori actionem competere, & non domino: estque ratio, quia is actione furti agere potest, cujus interest; domini autem parum interesse, censetur, quia contra fullonem actione locati experiri potest, si culpâ sartoris levi furtum admissum, & res surrepta fuerit. Et hoc procedit, quando fullo, & sartor sunt in totum solvendo; aliàs datur domino furti actio, inanis enim esset actio locati, quam inopia debitoris excluderet, *cap.* 16. *X de restit. spoliat.*

Adv. Sed Et Bonæ Fidei.

Datur & actio furti bonæ fidei emptori, cui res tradita est, & deinde subtracta; licèt adhuc dominus non sit. *Ratio*, quia interest ipsius I. propter perceptionem fructuum, qui bonæ fidei possessori cedunt, §. 35. *Inst. de R. D. II.* propter usu-capionis conditionem, *Manz. n.* 9.

§. Quæ De Fullone. 16.

Ex *hoc §. notabitis*, hodie inter *Com-* 24
modatarium, *Fullonem*, & *Sarcinatorem* circa furti actionem, hanc esse *differentiam*, quòd Fullo, & Sarcinator agant furti actione contra furem, eo demum casu,

casu, quo sunt solvendo, ut in §. *præced. diximus*. Et licèt *olim* idem fuerit in *commodatario*, tamen *Imperator* in *l. fin. Cod. de furt.* hoc emendavit, statuens, ut commodans statim habeat electionem agendi, vel actione commodati contra commodatarium, cui res commodata culpa sua subtracta est, vel actione furti contra furem, non considerato hoc, an commodatarius sit solvendo, nec ne? *Ratio*, quia in commodato (*regulariter*) celebratur contractus gratia commodatarii: plus igitur debet subveniri domino, qui exercuit liberalitatem commodando rem alteri gratis, quàm in casu *præced.* §. ubi contractus fit gratia utriusque. Dominus minus tamen, alterutra actionum electa, ad aliam redire non potest. Quod est verum, si sciens utramque sibi competere, unam elegit. Secùs, si ignorans *Text. hic.*

§. Sed Is. 17.

25 Quæritur in *hoc* §. *quid si res deposita furto subducta sit, cui actio competat, deponenti, an depositario?* ℞. Imperator, deponenti, quia illi datur actio furti, cujus interest, rem salvam, & furto non subreptam esse, atqui depositarii non interest, quia depositarius, ob rem depositam, furto amissam, non tenetur; sed Dominus sibi imputare debet, quòd negligenti amico rem custodiendam dederit. §. *Præterea* 3. *Inst. quib. mod. recontrah. oblig.*

Sed, an non tunc demum depositarius habeat actionem furti, quando is in dolo fuit? *v. g.* si cum fure collusit? videtur, quod sic, quia depositarius dolum præstat deponenti, ut ipsius interesse videatur.

Sed contrarium *hic deciditur*, ex ratione, quia absurdum est, ut aliquis ex dolo suo actionem habeat, *l.* 14. §. 3. *ff. de furt.* Nemo enim ex sua improbitate actionem consequi, *l.* 48. §. 4. *ff. eod. l.* 1. §. 1. *ff. de dolo malo, &c.* vel ex dolo suo præmium reportare debet, *l.* 10. §. 1. *ff. solut. Matrim. Manz. num.* 3.

Ad rationem dubitandi ℞. tunc alicui accommodari actionem furti, si ipsius intersit ex honesta causa; secus, si propter dolum admissum.

Porrò, cùm Depositarius etiam culpam latam præstet; quid *Juris* erit, *si latâ culpâ furtum admiserit*? sunt, qui deponenti tantùm actionem tribuant ex ratione, quia dolus, & lata culpa æquiparantur, *l. quòd Nerva.* 32. *ff. depositi.*

Sed *Schneid.* hoc in casu etiam depositario actionem furti concedit; ita tamen ut Dominus electionem habeat, & tunc demum depositarius furti agere possit, quando dominus scienter elegit actionem depositi. *Ratio* autem, cur depositario actionem furti præbeat, est, quia dolus furis præponderat latæ culpæ depositarii, *Arg. l.* 9. §. *fin. ff. ad. L. Aquil.*

Ad rationem dubitandi ℞. dolum non æquiparari latæ culpæ, si ex parte alterius dolus concurrat; hôc enim casu dolus præponderat latæ culpæ. *Manz. n.* 6. *hic.*

§. In Summa. 18.

Quæritur hic, *an actio furti detur etiam contra impuberem?* ℞. cum *distinctione*, vel est adhuc infans aut infantiæ proximus? & non facit furtum, *l.* 1. *Cod. de fals. monet.* quia infans caret intellectu, & nescit, quid agat, nec dolus cadit in talem ætatem; sine hoc autem furtum non committitur. *Schneid. hic.* Si verò pubertati sit proximus, doli capax, & malitia suppleat ætatem, utique furti tenetur: quia intelligit, se delinquere, & sic fit reus, *Text. hic.* Pœna tamen 26

semper

semper temperatur, ita ut ætas à furti pœna ordinaria excuset, *Const. Carol. art.* 164. *Von jungen Dieben.*

Quisnam verò pubertati proximus dicendus sit, variant *D. D.* cum in Jure non reperiatur definitum. Sunt, qui illum dicant pubertati proximum, qui excessit medium temporis inter infantiam, quæ anno septimo terminatur, & pubertatem, quæ in masculo anno 14. in fœmina anno 12. inchoatur adeóque masculum à decimo anno, & dimidio, fœminam à nono anno cum dimidio pubertati proximam dici; sed communior opinio id Judicis arbitrio relinquit, qui expendat necesse est, an doli, malitiæ, fraudis, & delicti capax sit; nec ne? *Manz. n.* 7.

§. Furti Actio 19. Et Ult.

Pro *intellectu* hujus §. *notandum*, ex Furto *dupliciter* agi posse, *civiliter* & *criminaliter*. I. casu si agatur. *Olim* Furum quatuor *Actiones* proditæ sunt. I. Actio ad *exhibendum*, quæ est *præparatoria* ad Rei *Vindicationem*. II *Rei Vindicatio* III. *Condictio furtiva*, & IV. *Actio furti*, qua agitur ad *Pœnam Dupli*, si furtum est *nec manifestum* vel *Quadrupli*, si furtum est *manifestum*. Cæterum, quid sit *Rei vindicatio*, & *Condictio furtiva*? cui? adversùs quem? & ad quid competat? *Infrà.* §. 14. *Inst. de act.* videbimus, ubi ex *Instituto* de his *Actionibus* agemus.

TITULUS II.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

SUMMARIA.

1 *Quid sit Rapina?*
2 *Quæ actio furti Raptio teneatur?*
3 *An actio vi bonorum raptorum pro re minima competat?*
4 *Qui, rem suam esse existimans, rapuit, raptor non est.*
5 *Cui competat actio vi bonorum raptorum?*

CONNEXIO.

Imperator in principio *præced. Tituli* quatuor species delictorum privatorum enumeravit. Discussâ itaque prima specie videlicet *Furto*, sequens est, ut altera species, puta *Rapina* ad lancem examinis appendatur; priusquàm autem ad ipsam actionis vi bonorum raptorum explicationem accedamus, præmittemus Definitionem Rapinæ. Quæ nil est aliud quam *contrectatio fraudulenta*; & *violenta rei alienæ mobilis*.

Dixi I. *contrectatio*, quæ vox locò generis ponitur, & in eo convenit cum furto. I

Dixi II. *fraudulenta*, nam, sine fraude, & dolo non committitur rapina, §. 1. *hic.* & *l.* 2. *ff. eod.* unde rapina non dicitur, si quis rem alienam suam esse credens, rapuerit, §. 1. *h. t.*

Dixi III. *violenta*, quia ad rapinam requiritur interventus Violentiæ; si enim clam res aufferantur absque vi, non rapina, sed furtum commissum, dicitur.

Dixi IV. *Rei mobilis*, quia res immobiles propriè non dicuntur rapi, sed invadi, ideoque in iis actio vi bonorum raptorum locum non habet, *l.* 1. *h. t.* *l.* 5. *l.* 7. & *l.* 9. *Cod. unde vi*, sed ei,

qui

qui vim passus est, interdictum unde vi conceditur, *l.* 1. *ff. de vi, & vi armat.*

AD PRINCIPIUM.

2 Quæritur in hoc §. *quænam actio detur contra Raptorem?* ℞. Quod actio furti, quis enim (ait *text.*) magis rem alienam, invitò dominò contrectat, quàm qui vi rapit? ergò datur contra raptorem actio furti, de quo nullus est, qui ambigat. Sed

Q. quâ actione furti raptor tenetur, manifesti, an nec manifesti? Rem dubiam efficiunt *duo textus*, quorum *primus* est in *l.* 1. *ff. h. t.* his verbis, *qui rem rapit, & furti nec manifesti tenetur, & vi bonorum in quadruplum. Secundus* existit in *l. Si vendidero* 80. §. 3. *ff. de Furt.* ubi in hæc verba rescribitur: *cùm Raptor omnimodò furtum facit, manifestus fur existimandus est.* Varii variè hos textus combinant: *communis solutio* est, quæ *distinguit*, num raptor deprehensus sit, nec ne? Si prius, fur manifestus: si posterius, nec manifestus erit. Ita *Harp. num.* 12. *hic. Schamb. hic. Schneid. num.* 10. *Manz. num.* 7. & 11. *hic.*

Dices: raptor semper deprehenditur, cùm rapere sit de manu aufferre. *l.* 4. *ff. ne quis eum, qui in Jus vocat. est. Resp.* I. *Negando*, semper deprehendi, fac enim, *Infanti, vel Cæco* rem eripi. II. pone alium casum ex *l.* 52. §. *fin. ff. de furt.* quòd aliquis domum alienam armatus ingrediatur, & res quasdam auferat, à nemine deprehensus, talis erit raptor nec manifestus, *d. l.* 52. §. *fin.* ℣. *furti. non manifesti videlicet, si nemo eum deprehenderit tollentem.* III. figura adhuc alium casum, quòd quis in turba ad hominem adultum accesserit, eique v. g. *pileum* ex capite rapuerit, ignorante dominò? quis ex numero plurium id fecerit? talis, utpote non deprehensus; furti nec manifesti tenebitur.

AD ℣. SED TAMEN.

Præter actionem furti *Prætor* adhuc aliam actionem, puta, *vi bonorum raptorum* contra rapientem concessit.

Dices: hæc actio videtur esse superflua, cùm sufficere videatur actio furti, ergò nulla videtur esse ratio, cur Prætor hanc actionem introduxerit. ℞. I. hanc fuisse rationem, ut Vis, quæ maxime Juri contraria est, coërceatur; sive, ut innotescat, etiam Prætorem habuisse curam reprimendæ improbitatis. *Resp.* II. actionem vi bonorum raptorum non duntaxat esse non superfluam, sed quandoque necessariam. Fac enim rapinam non fieri, lucri faciendi causâ, sed injuriæ causâ. Hoc casu, cùm furtum non fiat, nulla superest actio, quàm vi bonorum raptorum. *Manz. n.* 16.

AD ℣. ET EST.

Hæc autem actio vi bonorum raptorum intra annum in quadruplum est, post annum in simplum: *Text. hic.* Ratio, quia actio, prætoriæ, quatenus sunt pœnæ persecutoriæ, sunt annuæ; quatenus sunt rei persecutoriæ, perpetuò durant, *l.* 35. *ff. de O. & A.*

AD ℣. QUÆ ACTIO.

An actio vi bonorum raptorum etiam pro unica aliqua re, & quidem pro re minima, competat? *Dixeris*, quòd non. 3
I. quia actio vi bonorũ raptorum in plurali cõceptaest, & pluralis locutio singulari non acquiescit; minimũ duo requirit.
II. De minimis non curat Prætor, *l. Scio* 4. *ff. de integer. rest.* & parum pro nihilo reputatur, *l.* 25. *ff. locati.*

Verùm, *contrarium hic deciditur.* Ratio, quia non à materia, sed à causa efficiente (atrocitate scilicet delicti) actio æstimatur.

Ad I. *dico*, sæpè pluralem locutionem ad unum restringi, sic actio negotiorum gestorum datur etiam ad unum negotium.

Ad II. *Resp.* in extraordinariis, odiosis, & criminalibus quandoque modicum non curari; secùs in actionibus, & judiciis ordinariis; vel *dic*, odio violentiæ specialiter cõtrarium inductum esse, cùm propter spolium, & violentiam sæpè à regulis Juris recedatur.

AD ℣. QUADRUPLUM.

Quæritur, *An quadruplo insit rei persecutio?* videtur quòd *non*, quia in actione furti manifesti res non continetur; sed quadruplum est merè pœnale, ergò id ipsum locum habebit in rapina, cùm graviùs delinquat raptor, quàm fur.

Verùm, hoc non obstante, ℟. *Imperator* rei persecutioné quadruplo inesse, ita ut pœna tantùm sit tripli sive raptor in delicto comprehendatur, sive non, *Harp. n.* 20.

Ad rationem dubitandi ℟. rationem differentiæ esse, quia raptor multis aliis pœnis afficitur, pluribusque actionibus implicatur, quàm fur. Sic fur de jure *ff.* & *Cod.* pœnâ tantum pecuniariâ afficitur, raptor autem etiam judiciô publicô; ex *Lege Julia de vi privata*, & *publica*, tenetur. Deinde, pœna rapinæ semper uniformis est & perpetua, puta, tripli; sive raptor deprehendatur, sive non. Secùs in fure *Schneid.*

§. ITA TAMEN I.

Traditur in hoc §. quòd ad hoc, ut actio vi bonorum raptorum competat; requiratur rapientem esse in dolo, adeoque vim, & dolum concurrere, *Text. hic.* & *l.* 2. §. 8. *ff. h. t.* Unde

Q. quid? si aliquis, errore facti ductus existimet rem, quam rapit, suam esse? vel, errore Juris deceptus, putet, licere domino, rem suam per vim ab alio auferre, rem alienam rapuerit, poteritne etiam actione vi bonorum raptorum conveniri? Rationes dubitandi variæ sunt. I. quia Ignorantia juris neminem excusat, *l.* 9. *ff. de Jur. & Fact. Ignor.*

II. Error in facto proprio non est tolerandus *l.* 7. *ff. ad SC. Vell.* Bonus enim, & diligens paterfam. non debet ignorare, quid suum, quid ve alienum sit, *arg. l.* 15. *Cod. de rescind. vend.*

Verùm, his dubitandi rationibus nihil refragantibus, *Imperator* ℟. eum neque actione vi bonorum raptorum, neque actione furti impeti posse. Ratio, quia in utraque dolus desideratur; quælibet autem Ignorantia, Error, Credulitasve à dolo excusat, *l.* 1. *ff. de Abigeis. l.* 14. *Cod. ad L. Flav. de Plag. Manz. n.* 4. & 5. *Schneid. n.* 1. 4

Ad rationes dubitandi ℟. Ignorantiam Juris, & Facti proprii neminem quidem excusare à culpa; excusare tamen à dolo, & pœna, quæ propter delictum aliquod, dolô commissum, infligitur. Illud tamen certum est, non statim allegant i se ignorasse, rem esse alienam, credi; nisi adsint aliqua indicia, aut conjecturæ, quibus verisimiliter decipi potuit. *Schneid. n.* 2.

AD ℣. SED NE.

Tametsi rapiens per vim rem suam penes alium constitutam, vel alienam putans esse suam, actione vi bonorum raptorum, propter dolum cessantem, non teneatur; nihilominùs tamen, ne inveniatur, per quam raptores impunè suam exerceant avaritiam, sancitum est, ut nemini liceat vi rapere, vel rem mobilem, vel se moventem, v. g. *Equum, Bovem*, &c. licèt suam eandem existimet, ita, quidem, ut rapiens

rem

rem suam propriam, ejus dominiô cedat; rapiens verò alienam, hanc non tantùm teneatur restituere, sed & hujus æstimationem præstare, *Text. hic.* & in *l. 7. Cod. Unde vi.* Ratio, quia nemo sibi ipsi Jus dicere debet, *l. un. Cod. Ne quis in sua caus. Jud.* nec quis quidquam propriâ authoritate, aut vi quadam, sed legitimis actionibus consequi debet, *l. Extat. 13. ff. Quod met. caus.* Unde & violentus creditor etiam Jure suo cadit, quia debitum à Judice legitimis actionibus reposcere debet, *l. pen. ff. ad L. Jul. de vi privat.*

AD ℣. QUOD NON SOLUM.

Dicta procedunt non tantùm in rebus mobilibus: sed etiam immobilibus, quando quis per vim earum possessionem invadit, *Text. hic.* & *d. l. 7.* quia æqualē delictum sequitur æqualis pœna. Idem denique procedit in rebus incorporalibus, de quo *vide Schneid. hic. n. 3.*

§. FIN.

Q. in hoc §. *cui competat Actio vi bonorum raptorum?* & R. quòd ex quibus causis *Furti actio* competit, ex iisdem competat *Actio vi bonorum raptorum.* Adeoque non requiritur, ut agens sit dominus; sed sufficit, si ejus intersit rem non esse surreptam, quo casu tamen non agitur ad quadruplum ipsius rei, per vim subtractæ, sed ad quadruplum ipsius interesse. Ex quibus *colliges*, hanc actionem non tantùm domino, sed etiam bonæ fidei possessori, conductori, commodatario, creditori, depositario, in casu quo omnem culpam in se recepit, competere. *Text.* & *AA. hic.*

TITULUS III.

DE LEGE AQUILIA.

SUMMARIA.

1 *Damnum quid sit?*
2 *Recensetur primum Caput Legis Aquiliæ.*
3 *Ob occisum liberum Hominem utilis Actio Legis Aquiliæ datur.*
4 *Quæ sint Requisita ad actionem Legis Aquiliæ?*
5 *Quid sit Injuriâ occidere?*
6 *Miles in loco consueto ludens, de damno non tenetur.*
7 *Putator arborum quando teneatur?*
8 *Item, quando Medicus?*
9 *Imperitia an culpam ponat?*
10 *Mulio quando ex Lege Aquilia conveniri possit?*
11 *An cum ista actione alia concurrant?*
12 *Ex tertio Capite quinam teneantur?*
13 *Actio directa quæ dicatur?*
14 *Item, quæ utilis?*

CONTINUATIO.

Recensetur in hoc Titulo *tertia* privati delicti *Species*, nempe damnum Injuriâ datum, pro quo actio Legis Aquiliæ competit, ita ab Authore Aquilio Tribuno plebis, dicta. *Perez. Inst hic.* 1

Definitur autem *Damnum*, quòd sit *patrimonii nostri diminutio, prout ex fit, vel corruptione rei, vel deterioratione, l. 3. l. 5. §. 1. ff. ad Leg. Aq.* Quibus *ultimis verbis differt à Furto* & *Rapinâ*; quia furtum, & rapina sunt quidem etiam patrimonii nostri diminutio, sed *cum amotione rei.* Deinde damnum, in-

juriâ datum non ſit lucri cauſa; ſecùs furtum, & rapina. *Chling. Inſt. Q. 1. Ob.* 1. Ut autem damnum ex Lege Aquilia vindicari poſſit, requiritur, ut damnum ſit datum injuriâ. Injuriâ autem datum dicitur, quod non Jure datur. Unde bruta damnum inferre non dicuntur, ſed pauperiem facere, quia carent ratione, atque adeò nec Jure, vel non Jure quidquam agere cenſentur. *tot. tit. Inſt. Si quadr. pauper. facere dicatur*: ſic *Furioſus*, & *Infans* non dicuntur damnum injuriâ dare, licèt alteri incendant ædes ſuas, quoniam uſu rationis carent, & reputatur tale incendium inter caſus fortuitos, *l.* 5. §. *Ideo. ad Leg. Aquil. Chling. hic. Quæſt.* 2. *Schneid. num.* 5.

AD PRINCIPIUM.

2 Legis Aquiliæ *olim tria Capita* extiterunt: quid *Primum*, & quid *tertium* ſit, videbimus. *Secundum* ab uſu receſſit. *Primò* autem *Capite* cautum erat, ut, *ſi quis ſervum alienum, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numerò ſit, injuriâ occiderit; tantum domino dare damnetur, quanti plurimi illa res eò annò fuerit.*

Dixi I. *Servum*, quia, ſi quis liberum hominem occiderit, hac actione non tenetur, ſed Lege Cornelia de Sicariis, juxta quam gladiô punitur, ſecundum illud: *Homicida, quod fecit, expectet*, *l.* 3. *Cod. de Epiſ. Jud.* Ratio rationis eſt, quia actio Legis Aquiliæ datur ad æſtimationem rei interemptæ; atqui liberum corpus non recipit æſtimationem, *l.* 1. §. 5. *ff. de his. qui effud. Manz. n.* 4. *hic.* deinde æſtimatio debet præſtari domino atqui liber homo neque in ſuo, neque in alterius dominio eſt, ſed ſolius Reipublicæ. *Harp. n.* 7. *hic.* Sanè, licèt ob

3 interemptum aut vulneratum hominem liberum actio *directa* Legis Aquiliæ non detur, utilis *tamen* v. g. *patri ob occiſum filium, uxori ob necem Mariti, liberis ob mutilatum patrem*, non deneganda eſt, non quidem ad conſequendam corporis æſtimationem, ſed ad conſequendas impenſas, in curatione factas. Item lucra, & operas, quibus poſt interfectionem carere debet. Fac enim, patrem fuiſſe hominem induſtrium, ac artificioſum, ita, ut arte ſuâ & labore integram familiam commodè aluerit. Hoc in caſu liberi, cùm alimentis, ob trucidatum patrem deſtituantur, ad damnum datum agere poſſunt, *arg. l.* 13. *ff. ad leg. Aq. Manz. n.* 1. *Harp. n.* 8.

Dixi II. *Servum alienum*, nam qui ſuum ſervum occidit, ſibi ipſi damnum dat, quod ſentire damnum non videtur, *l.* 203. *ff. de R. J. Perez. hic.*

Dixi III. *alienamve quadrupedem, quæ pecudum numerò continetur.* Ut enim hæc actio detur, requiritur, tale ſit animal, quod pecudum numerò continetur, id eſt (*ut ſequenti* §. explicabimus) gregatim paſcitur.

Dixi IV. *Injuriâ*, quod §. 2. *explicabimus.*

Dixi V. *occiderit*, hæc enim actio non aliter competit; niſi quis *Gladiô*, Fuſte, Lapide, Telo, aut aliô Inſtrumento occiderit, *l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* Unde, ſi quis cauſam tantum mortis dederit, v. g. includendo aliquem, ut fame perierit, utili tantùm actio Legis Aquiliæ datur, §. *fin. Inſt. h. t.* Item, ſi quis alterum duntaxat vulneraverit, aut aliô modô læſerit, non ex primo, ſed ex tertio capite agitur, §. 13. *h. t. Manz. num.* 13.

Dixi VI. *Domino*, hæc enim actio directa ſoli domino datur, *l.* 11. §. *legis l.* 14. *ff. h. t.* In quo differt ab actione furti & vi bonorum raptorum, quæ datur omnibus illis, quorum intereſt. Sanè, *bonæ fidei Poſſeſſori, Uſu-fructuario, Creditori, commodatario* utilis actio Legis

Legis Aquiliæ, aut actio in factum non deneganda, *Harp. n.* 17. *Schneid. n.* 13.
Dixi VII. *Quanti plurimi &c.* quæ verba explicabimus *infrà* §. 9. *b. t.*

§. QUOD AUTEM. 1.

4 Ut ex primo Capite Legis Aquiliæ actio detur, requiritur inter alia, ut tale animal occidatur quod pecudum numero continetur; *pecudes* autem dicuntur, quæ *gregatim* pascuntur, v. g. *Oves, Boves, Equi, Muli, Asini, &c.* Ex quibus *deduces I.* quòd si quis feras, bestias, v. g. *Ursum, Leonem*, &c. in alterius dominio constitutum, occiderit, ex hoc capite primo non teneatur, *Text. hic.* & *l.* 1 *ff. h. t.* Ratio, quia gregatim non pascuntur. *Deduces* II. idem dicendum esse de *Canibus, Felibus*, &c. quia nec istæ (licèt sint quadrupedes) gregatim pascuntur. *Deduces* III. nec Anseres hôc primô capite contineri; tametsi enim gregatim quandoque pascantur, tamen non sunt quadrupedes *Manz. n.* 2. & *seqq.*

§. AD V. DE SUIBUS.

Ratio *dubitandi*, num *Sues* hôc primo capite contineantur, Ista est, quia *Pecudes* dicuntur, quasi *Pecuniam* dantes, & utilitatem hominibus præstantes; sed sues nihil prosunt, ergò.

Verùm, Imperator R. etiam sues hôc primò capite contineri, quia etiam suæ aliquid utilitatis adferunt, scilicet per fœtum, & insuper sub cura subulci gregatim pascuntur, *Harp. n.* 15. *hic.*

§. INTEREA. 2.

5 Enumeravimus hucusque *duo Requisita* ad hoc, ut ex primo capite Legis Aquiliæ agi possit, puta, I. ut servus vel animal occidatur; non tantùm vulneretur. II. ut sit tale animal, quod gregatim pascitur. Hic recensetur *tertium Requisitum*, ut, videlicet *Injuriâ* occidatur. Dicitur autem injuriâ occidi, qui non Jure, sed contra Jus, id est, dolô, sive per culpam levem, & levissimam occisus est, *l. Sed & si.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Quare, si nullus dolus, nullave culpa subest, huic maleficio, aut Actioni ex Lege Aquilia locus non est; velut si à *Furioso*, & *impubere*, sive *Infante* damnum detur, *d. l.* 5. §. 2. Item si à *Bellua*, vel *Quadrupede* inferatur damnum, tunc enim bellua non propriè damnum, sed pauperiem fecisse, dicitur, *l.* 1. §. 3. *ff. Si quadrup. paup. fec. dicat. Harp. n.* 2. Item is qui Latronem, insidiantem sibi, & se invadentem, vel quemcumque alium ferrô se petentem, *l.* 5. *ff. h. t.* occiderit, hac *Lege* non tenetur, si aliter periculum effugere non potuit. Ratio est in *l.* 4. *ff b. t.* quæ *ait*: nam adversùs periculum naturalis ratio permittit se defendere, & vim vi repellere, omnes leges, & omnia jura permittunt. *l. Scientiam* 4. & 5. *ff. ad Leg. Aq.* Et, quod quis ad defensionem corporis sui facit, Jure fecisse dicitur, *l.* 3. *ff. de J. & J. Manz. n.* 3. Modò id fiat cum moderamine inculpatæ tutelæ. De qua materia infrà §. *Item Lex. Cornelia* 5. *de pub. Jud.* agemus. Interea vide *Gail. lib.* 1. *Obs.* 16. *de pace publ. Manz. Schamb. & Schneid. hic. Harp. fusè d.* §. 5.

§. AC NE IS 3. ITAQUE. 4.

Colliges ex his §§. quòd casu occidens servum vel animal, hac lege non tenetur, si dederit operam rei licitæ, nec præcesserit aliqua culpa; quia, quæ ex improviso casu proveniunt, fato potius quàm noxæ imputantur, *l.* 1. *Cod.* 6

Cod. ad leg. Cornel. de Sicariis. & casus fortuitus nemini venit imputandus. Itaque si miles in loco consueto bombarda se exercuit, servum, eò locò commorantem, aut transeuntem jaculando occiderit, culpæ reus non erit; nisi datâ operâ id fecisse probetur, §. 4 *hic.* Requiruntur tamen *duo.* I. ut sit jaculator ad istum Lusum deputatus. II. ut ludat in loco consueto & ordinato. Unde, si non miles luserit, Lege Aquiliâ, tenebitur. Ratio est in *d.* §. 4. *hic*, quia culpæ reus est, fecit enim, quòd non debuit, & culpa est, se immiscere rei, ad se non pertinenti, *cap.* 36. *de R. J. in* 6. & operam danti rei illicitæ omnia imputantur, quæ sequuntur, *l.* 30. §. *In hoc quoque. ff. h. t.* ludus autem illicitus est ratione *Personæ*, & *Loci*, *Manz. n.* 5. Ex dictis aliud infert exemplum *Harp. hic. n.* 5. quòd scilicet quis, si dum pilâ tempestivè luderet, ubi ex consuetudine ludebatur, pila, vehementiùs percussa, aliquem ex spectatoribus eluscaverit, de hoc damno non tenetur. Ratio, quia dedit operam rei licitæ & (ut *supponitur*) nullum propositum, nullamque nocendi voluntatem habuit. Sanè, licet *Occidens* culpâ ex *Lege Aquilia* teneatur; non tamen tenetur ex *Lege Cornelia de Sicariis*, quia in criminalibus dolus requiritur, nec lata culpa dolo æquiparatur, *l.* 7. *Leg. Cornel. de Sic. Schneid. n.* 11. *hic.*

§. Item? si putator. 5

7 Aliud est exemplum, si putator penes viam publicam, aut vicinalem, id est quæ in vicos ducit, ex arboribus ramos amputet, transeuntem servum casu occidat vel vulneret, si non proclamavit, aut serò nimis hac lege tenetur, *l.* 31. *ff. h. t.* quia publicè interest, posse sine metu, & periculo per itinera commeare.

Sanè, si quis extra viam in fundo suo ramos putet, proclamatione opus non est; nisi transeuntem videat, ne dolosè agat quia alter alienum ingrediendo fundum, sibi debet imputare, si casu lædatur, cùm ei eo in loco commeandi Jus non competat, *d. l.* 13. *ff. h. t.*

§. Præterea. 6.

Pergit *Imperator* exemplis declarare, quomodo aliquis propter culpam ex lege Aquilia teneatur? & Q. *an Medicus possit actione Legis Aquiliæ conveniri, si curam alicujus susceperit, & is postea mortuus fuerit?* ℞. certum esse, quòd conveniri nequeat, si secundùm præcepta artis suæ curaverit, quia eventus Mortalitatis Medico imputari non debet, *c.* 19. ✠ *de Homicid.* Secundum illud: 8

Non est in Medico semper relevetur ut Æger?
Interdum doctâ plus valet Arte Malum.

Et sufficit in Jure officium fecisse, quamvis finem quis non semper assequatur, *l.* 56 §. *fin. ff Mandat. Manz. n.* 2. Quòd si verò *Medicus* curationem ægroti deseruerit, & propterea servus ægrotus decesserit, eo nomine Medicus ex Lege Aquiliâ conveniri poterit, *Text. hic.* & *l.* 7. §. *ult. ff. h. t.* Ratio, quia curationem ægroti derelinquere, culpa est, *Schned. n.* 2. Et hæc adeò vera sunt, ut, etiamsi salarium à paupere non percipiat, tamen curationem debeat absolvere; quia, si pauperibus gratis inservire debent *Advocati*, & *Procuratores*, ita quoque *Medici. Gail. Obs.* 43. *n.* 10. & plus debet valere vita proximi, quàm amor pecuniæ, *Schneid. n.* 2. *hic.*

§. Imperitia. 7.

9 Imperitia quoque culpæ adnumeratur, *Text. hic.* & *l. Imperitia* 232. *ff. de*

de R. J. Quare, si ex imperitia Medici mors insecuta est, ut, quia imperitè secuit servum; vel perperam ei medicamentum dedit, Medicus ex lege *Aquilia* tenetur. Et hoc non tantùm procedit in *Medico*, sed etiam in *Judice*, in *Assessore*, *Advocato*, & quocunque artem profitente & imperitè eam exercente. *Schneid. n.4.* Illud *notandum*, quòd ad hoc, ne mors infirmi Medico imputetur, IV. requirantur. I. Ne excedat limites suæ Professionis, quia culpa est, se immiscere rei, ad se non pertinenti, *l. Culpa est. ff. de R. J.* II. ut sit peritus in arte, eamque intelligat, quia Imperitia culpæ adnumeratur, *d. l. 132.* III. ut sit diligens circa curam infirmi, *cap. ad aures X de ætate, & qualitate.* IV. ut edoceat ægrotum de his, quæ contraria sunt ægritudini suæ, *d. c. d. ad aures.* Ita IV. si concurrant, & tamen mors superveniat; Medicus tutus est, etiam in foro conscientiæ, *Gail lib. 2. obs. n. 25.* ubi plura hac de re scribit, nostri autem instituti non sunt.

§. Impetu. 8.

Si Mulio vel *Equilo* mulos, vel equos 100b imperitiam, vel virium infirmitatem, aut illorum impetum refrænare non possit, ita, ut servus lædatur, tenebitur ex hac lege. Ratio, quia culpa est, id affectare, in quo scit, aut scire debet, operam suam aliis fore damnosam, *l. Idem Juris 8. §. 1. ff. h. t.*

§. His autem verbis. 9.

Q. in hoc §. *in quantum quis condemnari soleat, si ex Lege Aquilia conveniatur?* R̸. Imperator, quòd reus non tanti duntaxat teneatur, quanti servus occisus, vel quadrupes occisa hodie æstimatur, sed quantis plurimi illa rei eò annô, retrorsum numerando, fuit: Unde fac, quòd ante 10. menses emerim equum 100. aureis, & is ante mensem sit effectus cæcus, ita ut ultra 20. aureos non valeat, & hodie occidatur, hoc in casu occidens conveniri potest non solùm ad 20. & ita ad pretium modernum; sed quanti hoc annô plurimi fuit equus adeòque ad 100. *Text. hic.* & in *l. 21. ff. eod.*

Ad vers. Qua ratione.

Ex *Dictis* infertur, actiones legis Aquiliæ non esse tantùm rei persecutoriam, sed etiam pœnalem, adeòque mixtam. Et quamvis contingere possit, ut res perempta toto annô non pluris valuerit, quàm tempore occisionis, non tamen desinit esse pœnalis, quia propriam & primævam actionis naturam inspicimus, & secundum illam judicamus, non secundum accidentale, *Manz. n.7.*

Ad vers. Ideoque constat.

Ex eo, quòd actio Legis Aquiliæ pœnalis sit sequitur, eam ad hæredes non transire, quia pœnales actiones (*Regulariter*) ad hæredes non transeunt, *l. 111. ff. de R. J.* delicta enim tenent suos authores, *l. 22. Cod. de Pæn.* Quod tamen limitatur; nisi lis cum defuncto fuerit inchoata, aut aliquid lucri ad hæredes pervenerit, *l. 23. §. 8. ff. h. t.* Ratio prioris est, quia Liti-contestatio est Quasi-contractus, ut hæres non tam ex Delicto, quàm Quasi-contractu teneatur. Ratio posterioris, quia omnia lucra iniqua ab hæredibus extorquentur, ne alienô scelere ditescant, *l. un. Cod. ex delict. defunct. n.9.* ubi ait hæredes ex Jure Canonico, secundum quod hæres tenetur exonerare conscientiam defuncti, obligari, damna, à defunctis illata, secundùm facultates condignè resarcire, *arg. c. In litteris X de Rupt.*

§. Illud

§. Illud non. 10.

Non duntaxat perempti corporis æstimatio in lege Aquilia habenda est, sed placuit ex *Interpretatione* hujus *Legis* ejus quoque æstimationem haberi, quod interest, id est, damni, hac occasione illati. Unde, si quis servum tuum instituerit hæredem, & is, antequam jussu tuo adiisset hæreditatem, si occisus à Titio, tenebitur Titius, præter corporis æstimationem, præstare damnum, quod Dominus sentit ex amissa hæreditate, id est æstimationem hæreditatis, quia in hac actione æstimatur omne, quod ullo modò interest. *l.* 21. *ff. h. t.* Idem *Juris est*, si ex parimularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, habitâ ratione ejus, quò cætera corpora depretiata sunt, propter causas, corpori cohærentes, si fortè equi propter parilitatem lineamentorum, & coloris aptissimi ad quadrigam erant. *Perez. Inst. hic.*

§. Liberum 11.

11 Q. in hoc §. *utrùm cum Actione Legis Aquiliæ concurrant etiam aliæ Actiones?* Et ℞. *affirm.* adeòque, si quis servum meum occiderit, possum *civiliter* agere, puta, ex Lege Aquilia ad emendationem damni, & interesse. Item *criminaliter* ad vindictam publicam, *Text. hic.* & *l.* 23. §. 9. *ff. h. t.* Estque ratio, quòd ad diversos fines tendant istæ actiones; ut tamen accusatio ex *Leg. Cor. de Sicar.* competat, requiritur, ut servus dolò sit interemptus, *l.* 3. *Cod. ad L. Corn. de Sicar.* quia lex Cornelia requirit dolum. *l. In lege ff. de Sicar.* Unde, qui non dolò, sed culpâ quacunquè (quæ in criminalibus dolò non comparatur *Jul. Pac. hic.*) servum occidit, lege Corneliâ non tenetur, *l.* 7. *ff. ad. leg. Cor. de Sicar.* sed accusari poterit ex *Tit. de extraord. criminibus* ad pœnam pecuniariam, vel arbitrariam. *Schneid. n.* 2.

§. Caput secundum. 12.

Diximus in principio Legis Aquiliæ *tria* esse *Capita*; de I. egimus; II. exolevit; de III. in §. §. *seqq.*

§. Capite tertio. 13.

Ex tertio capite legis Aquiliæ vindicatur omne aliud damnum præter servi, & quadrupedis occisionem. Itaque, si quis servum, pecudemque alienam vulneraverit; vel, si quis talem quadrupedem, quæ pecudum numerò non est, veluti *canem*, vel *feram Bestiam* vulneraverit, aut occiderit; vel denique, si quis res inanimatas *deteriores* reddiderit, *utendò*, *frangendò*, *secandò*, *collidendò*, *effundendò*, *commiscendò*, *rumpendo*, &c. ex hoc tertio capite ad emendationem damni tenetur. Unde apparet differentia inter primum, & tertium caput legis Aquiliæ. Nam primum caput est de servo, & pecude occisis. Tertium est de servo & pecude vulneratis. Item de non pecude, id est quadrupedibus quibuslibet, ut *ferâ*, vel *cane* occisis aut vulneratis. Denique de reliquis animalibus, ut *avibus*, aut *piscibus* vulneratis, aut occisis, nec non tandem de rebus quibuscunque aliis inanimatis, v. g. *supellectile*, *vinò*, *oleâ*, *arbustò*, *segete*, *libris*, *vestibus*, &c. fractis, combustis, corruptis, &c. *Harp. n.* 2. *hic.* Porrò cum in *textu* §. nostri illa legis verba, *usserit*, *fregerit*, *ruperit*, &c. exprimantur, ille autem, qui vinum alienum ebibit, panem alterius comedit, &c. neque urat, neque frangat, neque propriè rumpat. Ideo Q. *an etiam Actione Legis Aquiliæ teneatur?* ℞.

℞. directa non; benè verò utili. Ita statuit *l.* 30. §. 2. *ff. h. t.* quin *Vinum*, & *Panis* res sunt tales, quæ à Deo ad usum videntur esse conditæ, *Brunnem d. l.* 30.

§. Illud Palam. 14.

Quemadmodum ex primo capite legis Aquiliæ ita demum occisor tenetur, si dolô, aut culpâ etiam levissima, Homo, aut quadrupes occisus, occisave fuerit ita quoque ex tertio capite is demum tenetur, qui in dolo, vel culpâ fuit. Casum, planè fortuitum, ex hoc capite vindicari non posse, in propatulo est, quia, quæ ex improviso casu accidunt, fato, non noxæ imputantur, *l.* 1. *Cod. ad leg. Cor. de Sicar. Manz. n.* 1. Illud *notandum*, quòd ex tertio capite damnificans non tanti teneatur; quanti res deteriorata totô eô annô: sed quanti in diebus 30. proximis, retrò numerandis, fuerit, ratio differentiæ est, quia in primo capite majus, in tertio minus damnum versatur, plus enim est occidere, quàm vulnera[illegible] *Harp. n.* 3.

§. At Nec Plurimi. 15.

Quamvis in hoc tertio capite non addatur verbum *plurimi*; sed simpliciter dicatur *quanti*; prudenter tamen subintelligitur, sufficit enim, quod in primo capite eô verbô plebs usa sit:

§. Cæterum Fin.

13 Pro cognitione hujus §. sciendum, quòd damnum, Injuriâ datum, tribus actionibus vindicetur. I. actione *directâ* II. *utili*, & III. actione *subsidiaria* in *factum*. Dicitur autem actio directa, quæ competit ex *mente*, & *verbis*: Utilis verò, quæ non constat ex manifesta mente, aut verbis legis, sed ex interpretatione; propter æquitatem, & similitudinem rationis introducta est. *Schneid. num.* 1. *hic.* & *Harp.* licet autem sit differentia inter actionem directam, & utilem quoad verba, quoad effectum tamen idem important, idem enim quis consequitur per utilem quod per directam, *l.* 47. §. 1. *ff. de Negot. gest.* Actio autem in factum, quæ datur tunc, quando neque ex mente, neque ex verbis legis, neque ex interpretatione Juris Consultorum actio datur; & tamen æquum est, actionem dari. *Manz. n.* 7. *Vide*, quæ in §. 18. *de act. scripsi.* II. sciendum, quod damnum triplici modô dicatur inferri; aliquando enim datur damnum de corpore in corpus, v. g. si manu tuâ occidas servum meum, vel dejicias eum de ponte in flumen, & suffocetur. Et hoc in casu datur directa actio legis Aquiliæ, quam tunc dari diximus, quando ex mente, & verbis legis constat; atqui constant sic per §. 9. & 14. *h. t.* ergò. Aliquando datur damnum in corpus de non corpore, v. g. si quis servum alienum, vel pecudem incluserit, ut fame periret; vel pecus ita exagitaverit, ut præcipitaretur, vel alicui persuaserit, ut in puteum descenderet, & in descendendo mortuus, aut læsus fuerit. Et in hoc casu datur actio *utilis*: non directa Legis Aquiliæ, quia lex nihil expressè statuit, quæ actio detur, si à non corpore in corpus damnum datum sit; sed Juris-Consulti, ex præsumptâ legis voluntate actionem dari voluerunt, quæ dicitur actio utilis. *Manz. num.* 5. Nota, in hoc ultimo casu etiam dari actionem in *factum*, principium enim est, ubi locum habet actio legis Aquiliæ utilis, ibi quoque actionem in factum sortiri locum, sed non vice versa sicut ex casu sequenti patebit, ubi tantùm datur

actio in factum, & non legis Aquiliæ, neque directa, neque utilis. *Schneid. num.* 5. Aliquando datur damnum de non corpore in non corpus, veluti si quis ex Misericordia liberat servum alienum, quem Dominus ad castigandum posuit in compedibus, qui postea aufugit. Hoc in casu datur actio in *factum*, & non actio legis Aquiliæ *directa*, aut *utilis*, quia neque de corpore, neque in corpus damnum datum est, *Schamb. hic.* cùm tamen æquum sit, damnificato actionem applicare, ideò Jura ei accommodant actionem in *factum*, quæ tunc, quando omnis actio deficit datur.

TITULUS IV.
DE INJURIIS.

SUMMARIA.

1 *Injuria dupliciter accipitur.*
2 *Injuria definitur.*
3 *Si verba sint indifferentia, an censeantur injuriosa?*
4 *Injuria tribus modis committitur.*
5 *Realis quomodo fiat?*
6 *Item quomodo verbalis?*
7 *An Injuriam inferens cum protestatione Honoris teneatur Injuriarum?*
8 *An veritas excuset ab injuria?*
9 *An Injuriam verbalem aliâ verbali liceat repellere?*
10 *Per quos patiamur Injuriam?*
11 *Quæ sit pœna Injuriarum?*
12 *Quæ dicatur Injuria atrox?*
13 *De Injuria & civiliter & criminaliter agi potest.*
14 *Actio recantatoria quæ dicatur?*
15 *An cum æstimatoria concurrat?*
16 *Illustris Persona per Procuratorem in criminalibus stare potest in Iudicio.*
17 *Explicantur modi, quibus Injuria tollitur.*

AD PRINCIPIUM.

1 Quarta delicti privati *species* est *Injuria*, quod nomen varias *Significationes* habet: accipitur enim I. Pro omni eo, quod non Jure fit, *hic* & in *l.* 1. *ff. h. t.* II. Pro *damno Tit. praced.* III. Pro *Injustitia*, quando Judex iniquam, & injustam sententiam pronuntiat. *Hoc* autem Titulô Injuria sumitur pro *Contumelia*, à *Contemnendo* sic dicta, & haud inconcinnè *definitur*, quod sit *delictum privatum, quo quis dolo malo, sive contumeliose Corpus, Dignitatem, aut Famam, & Existimationem alterius lædit. Manz.* §. 1. *h. t.* 2

Dixi *dolo malo*, cumprimis enim ut injuria facta esse dicatur, dolus interveniat, necesse est, nam in dolo & affectu facientis injuria consistit, neque sine consilio, & mente conflari potest, *l.* 11. *ff. h. t.* Quare neque is, in quem dolus non cadit, qualis est *Furiosus*, & *Impubes*: Neque is, qui dixit, vel fecit, quod per se quidem injuriosum est, non ex affectu injuriandi, sed potiùs animo jocandi, vel corrigendi profectum, injuriarum actione conveniri potest, *l.* 3. §. 1. & 3. *l.* 13. § *Quæ Jure potestatis ff. h. t.* Reus tamen probare compellitur, se, non animo injuriandi, id fecisse, vel dixisse. *Ratio*, quia dolus, & animus delinquendi præsumitur, in eo qui in re illicita est versatus, *l. Si non* 5. *Cod. h. t. Wesenb. in paratit. h. t. num.* 8. *Gail. lib.* 2. *Obs.* 106. *n.* 1.

Quòd

3 Quòd si verba sint indifferentia, quæ possunt, & non possunt importare injuriam, actor probare debet, injurioso animo prolata esse, *Harp. n. 9.*

Sed quid? si Reus constanter dicat, se non dixisse injuriandi animo; id autem neque conjecturis, neque aliter probare possit, an ei Juramentum purgatorium deferri poterit? sunt, qui id *negant*; sed alii rectius *affirmant.* Ratio in proclivi est, siquidem, quæ in conscientia & animo consistunt, non nisi Juramento, probari possunt. Et ita practicari, testatur *Harp. n. 12. Gail. lib. 2. Obs. 48. n. 30.*

§. INJURIA. I.

4 Exponit hic Imperator, *tribus* principaliter modis Injurias fieri, *Re* scilicet, *Verbis* & *Litteris.* Omnes autem hi modi ad *duo Genera* non incommodè revocari possunt, ut omnis injuria dicatur, fieri aut *Re*, aut *Verbis*, *l. 1. §. 1. h. t.* Hinc est, quòd communiter *D. D.* Injuriam aliam dicant esse *realem*, aliam *verbalem. Schneid. n. 1. Gail. 2. Obs. 104. n. 4.* Realis dicitur, quando Manus inferuntur, aut alio quodam Facto Injuria infligitur. Exempla hujus Injuriæ in *Text. tria* proponuntur.

5 I. Est, quando quis *pulsatur*, *verberatur*, aut *cæditur*, quia tales Actus cedunt in Contemptum, ut non mirum, quòd Injuriosi dicantur.

II. Est, quando quis sciens, me nihil sibi debere, *petit* vel *facit*, se immitti in Possessionem Bonorum meorum. Talis mihi tenetur Injuriarum. *Ratio*, quia me prostituit, esse *pauperem*, & *non solvendo. Manz. n. 8.* diffamare autem aliquem de *Paupertate* non minima *Injuria* est, *Paupertas* enim multùm diminuit *Existimationem. Schneid. num. 10. hic.* Dixi: *sciens, me sibi nihil debere*, nam, si quis Immissionem petat à Judice in veri debitoris Bona, ille non peccat, sed Jure suo utitur. Jure autem suo utens nemini facit Injuriam, *l. 55. ff. de R. J.*

III. Est, quando quis honestam Fœminam, & Matremfam. vel etiam prætextatam, vel prætextatam affectatus est (qui tacitus, nihilque omninò loquens aliquam frequenter insequitur, quocunque vadit) vel pudicitiam attentaverit, hoc est blandis, & impuris verbis compellaverit, aut etiam ad flagitium invitarit, talis Injuriarum tenetur; quia tales Actus notam *Scorti* inurunt. *Manz. n. 12.*

Dixi *honestam Fœminam.* Unde. *Injuriarum* non teneris, si *publicam Scortam* impuris Verbis attentaveris, quoniam hujus *Pudicitiam* nemo lædere dicitur, utpote & *Manibus* & *Pedibus*, & *omnibus totius Corporis Membris* dudum in *Forum* propulsam. *Manz. ibid.*

Dixi insuper: *prætextatum*, *vel Prætextatam*, hoc est *ingenuè vestitam*, vel tali *Habitu* incedentem, qui *Ingenuitatem*, & *Honestatem* præ se fert. *Schneid. n. 23.* Unde, qui *Matronam*, aut *Virginem*, *meretricia Veste indutam*, affectatur, aut impuris verbis compellat, *Injuriarum* non tenetur, *l. 15. §. 15. ff. h. t.* sed sibi imputare debet, si, ut *Meretrix*, attentetur, quia talis quis præsumitur, in quali *Habitu* reperitur. *Schneid. n. 22.* Plura *Exempla* Injuriæ realis, & quidem centena adducit *Harp. à n. 4. usque ad 70.*

Verbalis Injuria dicitur, quando *Manus non inferuntur*; sed aut *Voce*, & *Dicto* alicui *Contumelia* inuritur, aut *Scripto* & *Litteris*, *l. 1. §. 1. ff. h. t.* Voce & Dictô, quando v. g. aliquis *Scurra*, *Fur*, *Nebulo*, *Spurius*, *Bastardus*, aut aliô *ignominioso Nomine* compellatur; vel etiam quando aliquis *mentiri* dicitur; 6

tamen, ut talia verba *Animo injuriandi* proferantur, Injuria enim in *Affectu* Injuriantis consistit. Unde si ad te, Crimen mihi objicientem, dicam, *tu mentiris*, Injuriarum non teneor, quia non injuriandi animo facio, sed mei *Honoris* defendendi causa, quod autem ad defensionem corporis, & honoris sui facit, rectè fecisse dicitur. *Schneid. num.* 8. *Gail.* 2. *Obs.* 100. *n.* 3. *Scripto & Litteris* committitur *Injuria*, quando quis ad *Infamiam* & *Dedecus* alterius *Libellum*, aut *Carmen*, aut *Historiam*, aut *Cantilenam* scripsit, aut composuit, *l.* 5. §. 6. *ff. h. t. Manz. num.* 22. Ut hæc materia reddatur luculentior, lubet aliquas *Quæstiones* subnectere. Itaque,

7 *Q. I. an injuriam inferens cum protestatione, v. g. tu mentiris, salvo honore tuo, injuriarum teneatur?* Affirmantium dogma commune est. *Ratio*, quia protestatio nihil operatur, *c. Sollicitudinem.* 54. *de Appellat.* at, hæc protestatio talis est, quia verbum injuriosum præcedens declarat, quod alterius honori parcere non voluerit, ideoque duo pugnantia conjungit, & per consequens talis protestatio, utpote actui contraria nihil operatur. Ita docent *Gail. lib.* 2. *obs.* 101. *num.* 2. *Arumæ. exercit.* 17. *th.* 16. *Schneid. n.* 8. *hic. Harp. num.* 77. *hic.* & ad *ff. de Injur. n.* 7.

8 *Q. II. an veritatis convitii, quo nocens infamatur, excuset?* Dixeris prima fronte, quod veritas criminis objecti ab injuria non excuset. I per *l. Si non Cod. h. t.* ubi sola criminis objecti veritas ab actione injuriarum neminem excusat, nisi citra animum injuriandi illud objecerit.

II. *Per l.* 2. *Cod. quando, & quibus quarta pars?* &c. ubi apertè scribitur quòd veritas convitii nullam præbeat excusationem.

III. Per *c. Cum Minister &c. Relegantes* 43 *Q.* 5. ubi dicitur, pravum animum relevantis rem facere iniquam, sive verum sit crimen, sive non.

Secunda Sententia, quæ docet, ob veritatem criminis aliquem ab injuria excusari, nititur his fundamentis: I. *l.* 18. *ff. h. t.* his verbis: *eum, qui nocentem infamavit, non esse lenum, æquum, ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nata esse, & oportere, & expedire.*

II. Per *l.* 3. *Cod. de Officio Rector. Provin.* ubi *Constantinus* Imperator omnibus concedit potestatem, injustos, & maleficos publicè judicandi.

III. Per *l. un. Cod. de famos. lib.* ubi capitali pœna punitur, qui crimen objectum non probat, sequitur à contrario, quòd non puniatur, si crimen probet.

Tertia *Sententia* rem *Distinctionis* ope componit, & ista sententia mihi quoque arridet, eamque suo muniunt patrocinio *Gail. l.* 2. *obs.* 99. *n.* 1. *Zoes. loc. cit. num.* 8. *Schneid. n.* 14. *Harp. n.* 98. *Gomez. var. Resolut. tom.* 3. *cap.* 6. *num.* 2. Refert nimirum, an Reipublice expediat, convitium sciri, an non expediat! si prius, non tenebitur, si probet illud, veluti si quis alium *latronem*, *furem*, *homicidam*, *adulterum*, *lenonem*, *leprosum*, *infamem* vocaverit. *Ratio*, quia interest Reipublicæ, infamiam esse notam *d. l.* 18. ut delicta puniantur *l.* 51. *ff. ad leg. Aquil.* & ne leprosi conversentur cum aliis, & ab iis morbos contrahant *c.* 1. & *de conjug. lepros.* & denique, infames ad dignitates sublimentur contra *l.* 1. *de infam.* Si posterius? veritas convitii injuriantem non excusat; sed injuriarum tenebitur, veluti, si quis aliquem *pauperem*, *claudum*, *strabonem*, *luscum*, *monoculum*, *loripedem*, *cæcum*, *mutum*, *surdum*, *gibosum* nominaverit, vel

vel etiam crimen, jam punitum, alicui, cui honor restitutus est, objecerit. *Ratio*, quia nemo debet alterius infamiam detegere, cùm defectus nostros detegi inhumanum sit, & injuriosum *l. 2. Cod. quando, & quomodo quarta pars &c.* atque secundùm istam distinctionem in Camera Imperiali judicatum esse refert *Gail. loc. cit. in fine.*

9 Q. III. *an Injuriam verbalem liceat alia injuria verbali repellere?* v. g. vocasti me *latronem*, & ego, à te provocatus appellavi te *furem*, vel etiam *latronem*? *Q. an cuilibet nostrum competat actio injuriarum?* Vehementi conflictu in hujus *Controversiæ* certamine inter se colliduntur *AA.* pugnandi causam præbent non levium *dubitandi* rationum momenta. Et quidem prima fronte *dixeris*, injuriam verbalem alia injuria verbali repelli posse, & per consequens neutri competere actionem.

I. Quia vita, & fama pari passu procedunt *l. 9. ff. de manumiss. vind.* sicut igitur ad defensionem vitæ vim vi repellere licet *l. 3. ff. de J. & J.* ita quoque ad defensionem honoris injuriam injuria retorquere, permissum erit.

II. Quia paria delicta mutua compensatione tolluntur *c. fin. X de adult.*

III. Per *l. 10. §. Quoties, ff. de Compensat.* ubi dicitur, in omnibus delicti criminibus compensationem admitti, ex quibus ad pœnam pecuniariam agitur; at, in judicio Injuriarum ad pœnam pecuniariam agitur §. 7. *h. t.* ergò.

IV. Potest quis ad defensionem suæ Innocentiæ ad alterum dicere: *tu mentiris*: ergò poterit ipsum quoque *furem* compellare; quia æquè injuria est dicere: *tu mentiris*, quam apellare furem.

V. Per *l. 14. §. 6. ff. de Bonis libert.* ubi rescribitur talis casus: libertus patroni filium ob aliqua crimina accusavit, accusatus ista crimina in illum retorsit. Q. *an filius Patroni bonorum liberti possessionem à Prætore petere possit?* videbatur, quod *non*, ob *d. l. 14. in princ.* ubi, qui libertum capitis accusavit, à possessione contra tabulas removetur. Sed *affirmativè* ℞. ex hac subjuncta ratione, quia ignoscendum est ei, qui provocatus se ulcisci voluit. Ex quo patet, injuriæ retorsionem in foro fori esse impunibilem.

Verùm, ut sua hæ Rationes *dubitandi* mole non careant, mentem tamen, veritatis tenacem, non expugnant. Sto proinde, petræ similis, pro *Sententia*, quæ injuriam verbalem injuria verbali negat repelli posse, adeoque in memorato casu, & statu *Quæstionis* utrique actionem injuriarum accommodat. Ita tenent *Schneid. n. 12. hic. Harp. n. 87. Gail. lib. 2. Obs. 100. n. 9. Bachov. ad Treutl. vol. post. disp. 30. th. ult. in fin.* Probatur I. per *l. Neganda. 19. Cod. de his, qui accusare non poss.* Ubi Reus, vel accusatus alicujus criminis lite pendente accusationem reaccusare nequit. Ratio redditur in *l. 5. ff. de publ. Jud.* ubi dicitur Reum non relatione criminum sed innocentia se se purgare debere. II. per *c. Veniens. 16. de Jure jur.* ubi reciproca injuria invicem non compensatur; sed uterque injuriator obligationis vinculo obstringitur. III. Per rationem fundamentalem, quia omnis vindicta privata (*regulariter*) prohibita est *l. Extat. 13. ff. quod met. caus.* Jam verò, si ego, accepta verbali injuria, vicissim tibi crimen objicio, hæc replicatio non ad defensionem, sed ad vindictam tendit. Neque enim per reciprocam criminis objectionem eliditur crimen, quod mihi objecisti, adeoque talis retorsio non videtur fieri ad defensionem, sed præcisè ad vindictam, quæ concessa non est.

Et ex hac ratione ruit primum *Argu-*

mentum, licèt enim vim vi repellere, Jura, & leges permittant; non tamen licet injuriæ retorsione uti: argumentum enim à defensione corporis ad defensionem honoris non procedit, quia termini non sunt pares. Pro vita enim tuenda agitur defensione vitæ, & sic vis vi removeri potest; Sed injuriâ verbali agitur de vindicta, quæ semel illata, non potest removeri & per consequens non ad defensionem, sed vindictam videtur facta.

Secundum argumentum etiam parùm, aut nihil evincit, quia illud procedit, quoties crimina circa idem factum committuntur, veluti mutuum adulterium uxoris & mariti, idem Matrimonium concernit, & ad eundem finem civiliter agitur, scilicet ad dissolvendum Matrimonium, quoad thorum & mensam, & lucrandam dotem; secùs, si sunt diversa facta, uti in *d. l. Neganda* 19. Atqui hic sunt separatæ injuriæ, & versantur circa diversa facta, nec injuria prosequendo propulsatur, *Schneid. loc. cit.* Aliter ℞. *Harp. n.* 92. *hic*, ubi *ait* in *d. c.* singulari Matrimonii favore receptum, ut mutuum uxoris, & mariti adulterium mutua compensatione tollatur, ac proinde, ad consequens non producendum, *l.* 14 *ff. d. ll.*

Ad III. ℞. nam ibi dicitur duntaxat, quòd compensatio pœnæ pecuniariæ liquidæ cum alio debito liquido fieri possit; *negamus* autem nos facti ad factum compensationem dari.

Ad IV. ℞. *con. ant. neg. conseq.* quia, quando quis dicit: *tu mentiris*, agitur ad *defensionem*, ut repellatur delictum objectum, & negatur in effectu, quod dictum est, adeoque non tendit ad vindictam *Schneid. n.* 12. *hic.* Aliter (*puto*) sic ℞. posse, quòd in casu, quo ego vicissim crimen objicio, v. g. *latrocinii*, vel *furti*, revera aliquem furem, vel latronem appellem, quod non tendit ad defensionem honoris mei, sed præcisè ad vindictam. In casu autem, quo dico, tu mentiris, crimen furti eidem non impingo, sed me defendo, quando autem latronem, vel furem te compello, videntur ista verba, exagerandi duntaxat mendacii causa, adjecta.

Ad V. ℞. in *cit. l.* 14 § 16. hoc tantummodo statui, quòd propter retorsionem criminis in eo non puniatur, ut amittat bonorum possessionem. Non verò statuit, immunem ab injuriarum judicio. *Harp. n.* 95. Deinde: *retorsio*, sive *reaccusatio* ideo ubi in casu *l.* 14. §. 19. concessa est, quia reaccusator ut potè socius criminis, accusare non potuit. *l.* 8. *ff. de accusat.* Sanè, licèt provocatus alteri injuriam intulerit, utendo Jure retorsionis, & sic injuriarum, teneatur; mitiùs tamen puniri debet, quàm provocans & propter justum dolorem, quem compescere, & temperare difficillimum est, ita omnes ferè DD. *Gail. loc. cit. n.* 10. *Harp. n.* 79. & ista pro hac *Controversia* sufficiant.

§. PATITUR AUTEM. 2.

Q. in hoc §. *quinam? & per quos injuriam patiantur?* & ℞. Imperator, quòd aliquis injuriam patiatur, vel per se ipsum, vel per alias personas. Per se ipsum, cum immediatè, seu directò ipsi Patrisam. aut Matrisam. sive præsenti sive absenti injuria infertur. Per alias personas, cùm alteri quidem injuria infertur; sed in eum per consequentiam redundat, & ipsum (mediatè saltem) contingit. Sic per alium dicitur quis injuriam pati, cùm illa infertur liberis meis, in potestate constitutis, vel uxori meæ, vel sponsæ meæ, vel nurui, vel cadaveri, aut famæ defuncti, cujus ego hæres

hæres eram. *Ratio* horum omnium est, quia spectat ad nos & nostram existimationem injuria, quæ his fit, qui potestati nostræ, vel affectui nostro subjecti sunt, *l.* 1. *§.* 3. *ff. h. t. Harp. n.* 1.

Dixi: *in potestate constitutis*, si enim emancipati sint liberi, aut naturales, aut Spurii, iisque injuria fiat, ad existimationem nostram spectare non videtur, cùm nemo tales liberos in potestate habeat. *Manz. n.* 6. *&* 7.

Dices: sic per sponsam sponso non fit Injuria, cùm eam in potestate non habeat. ℞. Ideò sponso per sponsam injuriam fieri, quia quasi eadem persona videntur, instar conjugis, & mariti, *can.* 8. *caus.* 31. *Q.* 2. licèt non de præsenti, tamen de futuro, quatenus cingendus habetur pro cincto.

Ad ℣. Itaque.

Contingit aliquando, ut ex una injuria tribus personis detur actio, fac enim, *uxori meæ filiæ fam. injuriam factam esse*. Hoc in casu, & *Marito*, & *uxori*, & *Patri uxoris*, in cujus potestate adhuc existit, competit injuriarum actio, *text. hic.* neque ullius actio per aliam consumitur; sed quivis suo nomine experiri potest, *l.* 1. *§. fin. ff. h. t. Schneid. n.* 12. Uxor tamen injuriam, marito illatam, vindicare non potest, defendi enim uxores à viris, & non viros ab uxoribus, æquum est, *l.* 2. *ff. h. t.* Secùs est de socero, hic enim pro injuria, nurui suæ facta, agere potest, modò filium adhuc in potestate habeat. *text. hic.*

Ex dictis *colligunt* DD. quod *Abbas* pro *Monacho*, *Episcopus* pro *Clerico*, *civitas* pro *cive*, *frater* pro *fratre*, *consanguineus* pro *consanguineo* injuriarum agere non possit, cùm certæ, & determinatæ sint personæ, propter quas ex injuria eis illata, alteri actio injuriarum civilis quæritur. Ergò non extendendum ad consequentias, *arg. l.* 14. *ff. de ll. Harp. n.* 30. Dixi *civilis*, criminaliter enim, sicuti quilibet extraneus agere poterit, sic frater pro occiso fratre criminaliter agit. *Schneid. n.* 15.

§. Servis. 3.

Domino, ratione dominicæ potestatis, pro injuria servo illata, actio injuriarum competit in duobus duntaxat casibus. I. quando atrox injuria servo facta est, ut quia acriter *verberatus* est, vel *vulneratus*. II. quando servo injuria illata est in contumeliam Domini. Extra istos casus Dominus injuriam servo illatam, persequendi Jus non habet; sed, ne maleficia impunita maneant, in reliquis casibus Judex injuriantem ex officio punire potest, *l.* 15. *§.* 35. *ff. h. t.*

§. Si Communi. 4. Cum §. Seq.

Ad istos duos. §§. commentari operæ pretium non est, utpote de servis tractantes, proinde vide alios.

§. Sed Si Libero 6.

Id ipsum, quod hoc §. continetur, inutile est; illa tamen non abs re poni poterit.

Quæstio: *an pro Injuria illata conservis, sed liberis hominibus, qui pro mercede serviunt (veluti famuli, procurator mercenarius, &c.) illi, cui serviunt, vel cujus negotia gerunt, competat actio Injuriarum?* ℞. quòd sic, si videlicet tunc ipsis injuria infertur, dum exequuntur officium, & gerunt negotia domini, quia repræsentant personam domini, & per consequens injuria ipsis in contumeliam domini illata esse censetur. *Schneid. num.* 2. *Arnmæ. disp.* 24. *th.* 22. *Harp. num. fin. hic.*

§. Por-

§. POENA. 7.

Q. in hoc §. quæ sit pœna injuria-
11 rum? Olim ex *Leg. XII. Tab.* propter membrum ruptum, pœna erat *Talio*, id est, licebat illi, cui membrum ruptum esset, retaliando iti 'em membrum rumpere: propter os verò fractum, percussumque nummariæ pœnæ erant constitutæ; ob reliquas autem injurias tantùm erat pœna 25. *assium*. Verùm Prætores postea pœnam hujusmodi minùs dignam judicantes, abrogarunt eandem, & permiserunt, ut injuriam passus eam æstimaret, æstimatam Judex ex æquo & bono augeret, vel minueret secundùm gradum dignitatis, vitæque honestatem. Et, si Reus conventus solvendo non sit, Judex poterit pœnam Pecuniariam in corporalem convertere juxta tritam paræmiam, qui non habet in ære, luat in pelle, *l. fin. ff. de in Jus vocand. Schneid. n.* 8. Illud tamen certum est, quando quis uno impetu plura verba injuriosa dixit, unam solummodò injuriam esse, *l.* 15. *§.* 4 *ff. h. t.*

§. SED ET LEX CORNELIA. 8.

In superiori §. explicatum fuit, quomodo de Jure prætorio vindicentur injuriæ? in hoc verò §. ostenditur, quomodò de Jure civili? De Jure autem civili propter injuriam realem in tribus tantummodo casibus ex *Lege Cornelia* injuria vindicatur, scilicet tunc, quando quis pulsatus, vel verberatus est, vel quando domus alicujus vi est introita, *Text. hic.* & in *l.* 5. *ff. eod.* non autem interest, sive domus ea alicujus sit propria, sive aliena, & mercede conducta, sive gratis concessa, imò ampliùs, si quis Hospitio tantùm receptus sit, in omnibus enim casibus turbatur quieta Habitatio. *Manz. num.* 2. & 3. *Extra* istos *tres Casus* omnis actio Injuriarum prætoria est, quam prætoriam actionem etiam in istis tribus casibus intentari posse, dubium non est, sed, vice versa, actio civilis non potest extra istos casus moveri. *Schneid. n.* 1.

Dices: quid prodest actio civilis ex lege *Cornelia*? nunquid superflua est, quoniam sufficit actio prætoria? ℞. ad hoc prodesse, quod actio civilis sit perpetua. Prætoria verò annualis & hoc ex Theoria universali, quia videlicet remedia civilia plerumque perpetuò, id est, 30. annis durant, prætoria verò per annum, uti *infra de perpet. & tempor. act.* videbimus, *Manz. n.* 9. & *Mynsing cent.* 5. *obs.* 7. ubi ait: *ita judicando observatum esse.*

§. ATROX. 9.

Duplicem ob *Causam* Imperator in *hoc* §. declarat, quæ sit atrox Injuria. *Prima* quidem *Causa* est, quod ea gravius puniatur quàm levis, *l.* 16. *ff. de Pæn. Secunda*, quia quibusdam Personis actio Injuriarum non datur, nisi pro atroci Injuria, §. *Servis* 3. *h. t. Schneid. n.* 2. *hic.* Injuria autem *atrox* dicitur, & fit *tribus* principaliter *Modis*, puta ex *Facto*, 12
ex *Loco*, & ex *Persona*. Ex facto fit injuria atrox, si quis ab aliquo vulneratus, vel fustibus cæsus sit, vel os, vel facies, alicui percussum, *l.* 7. *§. fin. ff. h. t.* Ex *loco* æstimatur, & redditur Injuria atrox dupliciter. I. ex loco corporis, ut si quis violetur in oculo, in quo injuria facta gravior est, quàm in quacunque alia corporis parte. II. ex loco extra corpus, ut si quis in loco publico, puta in *Theatro*, aut in *Foro*, aut in *Templo*, aut in *conspectu* Judicis Injuriam accipiat, *text. hic.* & in *l.* 8. *ff. h. t.* Ex *persona*, quando *Magistratui à Subdito*, *Parenti à Filio*, *Patrono à Liberto*, *Præceptori*

teri à Discipulo: vel *Viro*, in *Dignitate* c llocato, ab *abjectæ sortis Persona* Injuria infertur, *l.* 7. §. 2. 3. & *ult. ff. h. t.* Has tres species *Poeta* ita canit:

His tribus ex causis injuria dicitur atrox
Facti, Personæ, vel ratione Loci.

§. In Summa. 10.

13 Quemadmodum de aliis *privatis delictis*, ita & de *Injuriis vel criminaliter*, vel *civiliter* agere licet, *Text. hic.* & in *l.* 7. §. 6. *ff. de Injur. Civiliter* autem quis dicitur agere, quando actor injuriæ maculam, sibi inustam, æstimat, ac certam pecuniæ quantitatem, *Pœnæ* loco, Reo imponi, sibique (salva tamen *Moderatione*, & *Taxatione Judicis*) adjudicari petit, v. g. si in libello dicat: *se malle carere* 1000. *fl. quam talem Injuriam pati* Judex autem solet injuriæ æstimationem moderari, & taxare, ac dein *injuriato* defert *Juramentum*, ut juret, quo.l injuriam tanti æstimet. Quo præstito, sequitur definitiva ad summam juratam, prout in taxatione expensarum receptum est. *Gail. Obs.* 102. *num.* 10. & 11. quòd si injuriatus ad taxationem Judicis jurare nolit: fortè quòd Judex minus, sua opinione & petitione, injuriam æstimaverit, poterit Judex sub comminatione *absolutoriæ Sententiæ* Juramenti præstationem injungere, *Gail. num.* 11. *loc. cit. Harp. n.* 1. *Criminaliter* agere tunc quis dicitur, quando quis, commissa æstimatione, petit, simpliciter, Reum puniri. Et tunc pœna arbitraria est, adeo ut Judex possit Reo imponere vel pœnam corporalem, pro qualitate, & atrocitate facti, vel pecuniariam, applicandam Fisco. *Schneid. n.* 1. Porrò, quamvis, ratione injuriæ, agi possit civiliter, & criminaliter; hoc tamen *Limitatur*, procedere non *cumulativè*, ita ut una intentata alteram tollat, *l.* 1. *Kees ad Institut. Cod. quando Civil. actio crimin. præjud.* Ratio, quia utraque ad vindictam comparata est, & neutra rem familiarem, seu damnum pecuniarium concernit, *Harp. n.* 58. concurrentibus autem pluribus actionibus, ejusdem rei nomine ad idem, una tantùm quis experiri potest, *l.* 43. §. 1. *ff. de R. I. Manz. n.* 8. Sanè si actio civilis & criminalis tendant ad *diversa*; Illa ad *Persecutionem rei familiaris*; altera ad *Vindictam*, tunc una per alteram non tollitur, *l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* unde, si actor egit injuriam civiliter, pro injuria reali atroci, poterit etiam contra eundem agere ex *l. Aquil.* ad *emendationem Damni*, & *Interesse* &c. alia quippe est æstimatio damni, alia contumeliæ. *Schneid. n.* 2. *Wesenb. in paratit. h. t. n.* 14.

Præter duas præmissas actiones est hodie & alia in usu, quæ vocatur *Actio recantatoria*, sive *actio ad Palinodiam, auf einen Widerruff*, per quam quis petit, ut injurians injuriam verbalem falsam publicè in Judicio revocet, recantet, honoremque restituat, & veniam roget. *Harp. n.* 63. 14

De hac actione dubitatur, *an illa cum actione injuriarum ad æstimationem cumulari possit?* dubium (ut *perspicue* loquar,) in eo vertitur, *utrum actio recantatoria criminalis sit*, *an merè civilis*. Nam, si criminalem esse, dicas, notum est, cumulationem non habere locum, cum utraque actio ad vindictam spectet. Quo stante, una alteram absorbet, uti dictum. Et quidem, hanc actionem criminalem esse multi sunt, qui autument. 15

Verùm communiter, imò etiam in Camera Imperiali receptum est, illam esse civilem, Teste *Gail. lib.* 1. *Obs.* 65. *n.* 8. Ubi ait *quotidie libellos injuriarum in Camera recipi ad Palinodiam*, *qui recipi*, & *admitti non possent*, *si criminale* judi

judicium esset, *seu*, *cùm*, *vigore Ordinationis*, *nulla causa criminalis* (excepta *fracta Pace*) *ibi agitari possit. Harp. n.* 64. & *seqq. Manz. n.* 11. accedit, quod in actione recantatoria admittatur *Procurator*, Teste *Mynsing. cent.* 2. *Obs.* 9. & ad *hunc* §. in criminalibus autem Judiciis neque ad agendum, sive persequendum, neque ad defendendum(*regulariter*) Procurator admittitur, *l. pen.* §. 1. *ff. de c. Tua* 5. ※ *de procur. Schamb. hic.* ¥. *Quæstio prima.*

Non *refragatur*, quod actio recantatoria *infamet*, ea propter *criminalis* dicenda sit. Quia *Secundario* duntaxat infamat, non *primario*, principaliter enim ad honoris restitutionem agitur. Sic actio *Depositi* etiam civilis est, & tamen, ex ea condemnatus, fit infamis, *l.* 6. *ff. de his, qui not. infam. Schamb. hic.* Idem hic de actione *Tutelæ*, pro *Socio Mandati*, &c. quæ omnes civiles sunt, & tamen infamant. *Harp. n.* 71. *hic.* Accedit, quod actio ad *Palinodiam*, juxta multos *AA.* apud *Harp. n.* 109. non infamet, ex ratione, quia in *Constitutione Caroli V.* inducente hanc *tertiam Actionem*, nulla fit mentio de *Infamiæ Macula*, vide quoque *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 30. Q. 46. Ex *dictu*, veluti fonte, fluit, actionem recantatoriam cum actione injuriarum æstimatoria cumulari posse, nec ab una alteram consumi. Illa enim ad Restitutionem *Famæ & Honoris*, hæc ad *Vindictam* tendit *Schamb. d. loc. v. Quæstio secunda.* Et, cùm ista actio civilis sit, (uti ostendimus)sequitur, illam non unius anni spatio circumscribi, sed perpetuam esse, prout sunt omnes actiones civiles. *Schamb. loc. cit.*

AD VERS. HOC VIDELICET

Q. in hoc v. *utrùm actionem injuriarum liceat actori per Procurationem persequi*, *vel Reo per Procuratorem suscipere?* ℞. cum *Dist.* si *civiliter* agatur, Procurator omninò admittitur, *l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* si verò agitur *criminaliter*, Procurator (regulariter) non admittitur. *Ratio*, quia pœna injuriæ arbitraria est, ut Judex pœnam quoque corporis afflictam, imponere possit: quo in casu judicium redderetur elusorium, *Sententia* enim neque in *Persona rei*, neque *Procuratoris* Executioni mandari posset. Non rei, quia absens est, vix enim, ad pœnam corporis sustinendam, compare bit. *Gail.* 1. *Obs.* 109 non Procuratoris, quia is innocens est, & delicta tenere debent suos Authores, *l.* 22. *Cod. de Pæn. Manz. n.* 16.

16 *Excipitur* Persona illustris, quæ actionem injuriarum, etiam criminaliter intentatam, per Procuratorem suscipere potest, *Text. hic.* & *l. fin. Cod. h. t.* Ratio exceptionis, & hujus Privilegii fortè ista est, ne facilè id generis personæ infamiæ macula imburatur. *Harp. n.* 92. Et quamvis, *d. l. fin. Cod. h. t.* discretè caveat, etiam in hoc casu sententiam ferri in principalem, non in procuratorem, id ipsum tamen in praxi non observatur; sed, quia condemnatus ex actione injuriarum sive civiliter, sive criminaliter intentata, fit infamis, *l.* 1. *ff. de his, qui not. infam.* ideò sententia, ad evitandam infamiam, plerumque in Procuratorem fertur. *Gail.* 1. *Obs.* 111. *num.* 2. & 3. juxta Regulam: *Infamiam effugit, qui alium suo, loco supponit.* §. 1. *Inst. quib. ex caus. manumit. Manz. n.* 20. nec id procuratori nocet, quia, condemnatus alieno nomine, non redditur infamis, *l.* 6. §. *Si quis alieno ff. de his, qui notantur infam.* Unde *Schneid. n.* 11. *Cautelam* proponit, quomodo qui in actione injuriarum, civiliter intentata, evitare possit? videlicet, eam suscipiendo per Procura-

Procuratorem, quia, ut quis fiat infamis, requiritur ut præsens in Judicio condemnetur, §. 2. *infrà de Pæn.temerè litig. Schamb. v. Observa.* Illud *notandum*, juxta *modernum stilum* rarò *Infamiam* incurri, etiamsi quis nomine proprio ex injuria condemnatur quia plerumque reservatio*Honoris* sententiæ adjicitur: *dasz ihme solches an seinen Ehren solle unnachtheilig. seyn. Gail.* 1. *Obs.* 65. *uum. fin. Manz. num.* 21.

§. Non Solum. II.

Non solùm is, qui fecit injuriam, v. g. qui percussit, vel convitium alteri dixit, tenetur injuriarum, sed etiam ille qui mandavit, *Text. hic.* & *fin.l.* 11. *ff. h. t.* Ratio, quia *paria* sunt *facere*, & *mandare*, & qui facit per alium, per se ipsum fecisse, intelligitur. Idem est, si quis alios conduxerit, ut in alterius contumeliam cantilenas cantent, aut verba injuriosa spargant.

§. Hæc Actio Fin.

17 Diximus: *quid sit injuria*, & *qualiter inferatur*? Q. modo, *qualiter tollatur*? ac I. quidem tollitur injuria *Dissimulatione*, si nimirùm alicui inferatur injuria, isque eam non statim ad animum revocet, nec pro injuria reputet; sed rideat, & non curet, ita ut appareat, sibi non displicere, quod factum. Quo in casu ita tollitur injuria, ut per dissimulationem eam semel remissam, postea, ut maximè velit, ex pœnitentia recolere nullo pacto possit, *l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* eò quòd volenti non fiat injuria, *c.* 27. *de R. J. in* 6. *l.* 154. *ff. eod.* Hinc benè faciunt, qui injuriati libello inserunt, se injuriam confestim ad animum revocasse, *dasz er alsobald die Schmach zu Gemuthe gezogen. Manz. num.* 2. Actus autem familiaritatis, & dissimulationis censentur isti, *si Injuriatus rideat, ludat, motu proprio edat; & bibat cum injuriante, amicè salutet, manum porrigat, osculum præbeat, &c.* Ratio quia tales sunt id genus actus, qui inter amicos tractari solent, *Manz. n.* 4. *Schneid. n.* 3. Sanè, si quis statim injuriam ad animum revocaverit; licet postea injuriantem salutet, vel ei dexteram porrigat, vel edat, aut bibat, non tamen propterea injuriam, sed rancorem præsumitur remisisse. *Harp. n.* 1. & *Schneid. hic.* Item, si quis actum familiaritatis ad alium finem, & perfunctoriè fecerit, vel, honoris causa, eum omittere non potuerit, injuriam remisisse, nequaquam intelligitur, v. g. fac. post injuriam injuriantem, & injuriatum, ad idem convivium esse invitatos, & positos ad unam mensam, hoc in casu per actus familiares injuria remissa non intelligitur. *Schneid. num.* 3. Unde solent aulici (inquit. *Harp.loc.cit.*) poculum injuriantis Jure aulico accipere, hoc est, citra præjudicium injuriæ. II. Tollitur Injuria *Præscriptione*, sive *lapsu unius Anni*, *l.* 5. *Cod. h. t.* III. Per *Juramentum*, delatum *Reo*, qui jurat, se non fecisse; sed vel *Joco*, vel calore *Iracundiæ*. IV. Per *Mortem* injuriantis, vel injuriati ante litem contestatam, *l.* 13. *ff. h. t.* actiones pœnales ad hæredes non transeunt, §. *Non autem.* 1. *de perpet. & temp. act.* Dixi *ante litem contestatam*, quia, si lis cum defuncto contestata sit, actio perpetuatur, & instantia litis in ejus hæredes transfertur, *l. Injuriarum* 12. *ff. h. t. Harp. n.* 77.

TITULUS V.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX QUASI-DELICTO NASCUNTUR.

SUMMARIA.

1 *Imprudentia est Quasi delictum.*
2 *Medicus, imperitè curans verè delinquit.*
3 *Quatenus quis teneatur de Delicto, & effuso?*
4 *Et quis teneatur?*
5 *De suspenso quando quis teneatur?*
6 *Exercitor, & Caupo quatenus teneantur?*
7 *An invitus cogi possit, recipere Hospites?*

CONNEXIO.

IN §. *supra de Obligat.* dictum est omnes *Obligationes* aut ex *Contractu*, aut ex *Quasi-Contractu*; aut ex *Delicto*, aut ex *Quasi delicto*, nasci. De *tribus speciebus* hucusque egimus; sequitur de *quarta* & *ultima*. Quasi autem delictum est factum quoddam, cui nec verus dolus, nec vera culpa causam dedit, seu quod fit absque vero dolo, & vera culpa; lex tamen fingit, vel supponit, esse culpam, *Schamb.* Res exemplo fiet clarior.

AD PRINCIPIUM.

Prima species Quasi delicti est *Impru-*
1 *dentia Judicis, malè judicantis.* Nam si Judex imprudentiam, vel imperitiam malè pronunciat, tunc litem suam facit, hoc est, in tantum parti læsæ tenetur, in quantum alteri Jus dicere æquum videbitur, *Text. hic.* & in *l.* 132. §. *ff. de O. & A.* Ratio quia imperitia annumeratur culpæ, *l.* 5. §. *ff. R. I. Manz. n.* 2. Ratio autem, quare dicatur quasi delictum, assignatur in *textu*, & desumitur à sufficienti partium enumeratione, quia non est contractus, nec quasi contractus, nec proprium delictum, ergò est quasi-delictum. Non contractus, vel quasi talis, quia contractus à Jure est permissus; imperitè autem judicare non licet. Non propriè delictum, quia dolo caret, sibique persuasum habet, quòd optimè judicet, ita ut propter bonam hanc sui persuasionem verè delinquere non intelligatur. *Harp. n.* 4.

Dices, Medicus, per imperitiam malè curans, verum committit delictum, 2
& convenitur ex lege Aquilia, §. 7. *sup. de leg. Aquil.* ergò & Judex, malè judicans. ℞. varios varias dare *differentiæ* rationes: placet ista, quia Medicus artis suæ peritiam profitetur, Judex verò non professione Jurisprudentiæ, sed publica authoritate constituitur, etiam invitus. *DD. ad l.* 17. *Cod. de Jud.* unde communiter dicitur, Judicis officium, utpote publicum, esse coactum, Medici, vel Chirurgi magis voluntarium. *Schamb. hic.* ubi ait: *de hac Quæstione, multùm disputare, esse frustraneum, cùm Juris Consultorum Medicorumve errore vix unquam in judicium vocentur.* Justè profectò: quoniam *nullus foret litium finis.*

Q. tamen *quomodo vocetur hæc actio, quæ contra Judicem imperitè judicantem, datur* ℞. ab aliquibus vocari actionem ex *Syndicatu*: à nonnullis actionem *malè judicati*; ab aliis actionem *in factum.* Tu de *nomine* non te multum angas, sine illam baptizari, ut velint, sufficiat tibi, quòd sit actio *prætoria in factum*, quæ

quæ datur ei, qui per sententiam Judicis, ex imperitia malè judicantis, læsus est, adversus eum, ut damnum litis solvat, in quantum æquum alteri Judici videbitur, considerato errore, & imperitia malè judicantis. Nam si erravit in lege facili, graviùs punietur, quàm si in lege difficili, aut obscura errasset. *Manz. n.* 16.

Hactenus *dicta* procedunt, si per *Imperitiam* malè judicaverit, quia, si Judex dolo malo, scienter, & ex proposito, vel etiam pecunia, gratia, favore, odio, vel timore corruptus perperam Jus dicit, verum, & proprium delictum committit, & severiori pœna subjicitur, *l. fin. Cod. de pœn. jud. qui malè judic.* scilicet, ut famæ patiatur dispendium, & veram litis ei, quem læsit, præstet æstimationem, *l.* 15. §. 1. *Cod. de Jud.* Imò juxta Auth. *Novo Jure Cod. d. t.* si pecunia corruptus sit, & causa pecuniaria sit, dati triplum, promissi duplum Magistratui restituere tenetur dignitate, & cingulo amisso: si verò causa criminalis fuerit, confiscatis omnibus bonis, in exilium mittetur. *Schamb. hic.*

§. ITEM IS. I.

Secunda, Quasi-delicti species est *De-
3 jectio. vel Effusio*, ex cænaculo facta. Nam is, ex cujus cænaculo vel hypocausto, cubiculo, vel alio conclavi, aut parte domus superiore (sive domus illa propria ipsius sit, sive conducta, sive gratis ad habitationem concessa) lapis, tegula, vel aliquid simile in plateam, vel locum, quo vulgo itur; dejectum, vel aqua, oleum, aut urina, effusum fuerit, ita ut prætereunti in corpore, vel vestibus nocuerit, ad duplum damni dati ex quasi delicto tenebitur. Dixi *ex cujus cænaculo*, quia si ipse habitator facit, non ex quasi delicto, sed ex vero delicto, lege Aquilia teneretur; quia in vera culpa est. *Hopp. num.* 2. *Schamb. hic.* Ratio hujus pœnæ est, quia publicè interest, vias publicas, salvas & ab omni periculo liberas esse: sic ergò effundentes, vel dejicientes geminato peccant, bonum publicum & hominem privatum lædendo. *Manz. num.* 2.

Sed, cur dicitur, quòd inhabitans, ex quasi delicto teneatur? Ideò, quia plerumque ob aliorum culpam tenetur, puta, servorum; aut liberorum hominum; aut aliorum domesticorum, qui improvidi, aut incauti fuerunt, *text. hic.*

Sed, ultro ais, quare inhabitans ex alterius delicto teneatur? Ideò, quia inhabitanti semper culpa imputatur, vel enim domestici, vel hospites dejicienda nocuerunt. Si domestici? inhabitans in culpa, est, quòd tales personas in ædibus retineat, qui ita imprudenter operantur. Si peregrini, & hospites? debuisset eos admonere, ne incautè quid dejicerent, aut effunderent, quo non facto, culpa non vacat.

Sed quid, si monuerit, & tamen peregrini, sive hospitantes quid dejecerint? ℞. tamen teneri; non quidem ex culpa, utpote cessante; sed hac ex causa, quæ specialis est, cur ex alieno delicto innocens teneatur, quia nimirum publicè interest, sine metu, & periculo per itinera commeari. *Schneid. nu.* 1. *Manz. num.* 2.

Dixi: *contra inhabitantem ex hoc Quasi-delicto agi*; quia contra dominum ædium hæc actio in *factum* non datur, *l.* 5. §. *Hæc in factum*, 4. *ff. h. t.* Dicitur autem *inhabitare*, qui in *sua* domo, vel in *conducta*, vel etiam *gratia concessa* habitat, Hospes non tenetur, *d. l.* 1. §. *pen. Schamb. hic.* poterit tamen inhabitator per actionem in factum ab hospite, qui damnum dedit, id recuperare.

quod propter ipsius effusionem præstare coactus est, *l. Si vero* 2. §. 4. *ff. de his, qui dejec. vel effud. Schneid. num.* 5.

4 Q. quid si plures in tali cænaculo, vel domo habitent? ℞. cum *distinct.* aut plures in eadem domo, & eodem cœnaculo æqualiter, & pro indiviso habitant, & tunc, si constat, quis dejecerit, is solus tenetur, quia pœna suos debet tenere authores, *l.* 22. *Cod. de Pœn.* si non constat, in dubio omnes tenentur, & quilibet in solidum, *l.* 1. *§. fin. ff. de his, qui dejec. &c.* uno tamen solvente, cæteri liberantur, & is, qui solidum solvit, adversus reliquos pro rata agere poterit, *l.* 4. *ff. eod.* Aut sunt plures habitantes in eadem domo, sed in separatis, & distinctis cænaculis, & tunc actio in eum solum in solidum dabitur, unde dejectum, effusumque aliquid fuit. *l.* 5. *ff. eod. Schneid. n.* 7.

AD VERS. OB HOMINEM.

Vidimus, qualis sit pœna in eos statuta qui dejiciendo, aut effundendo nocuerunt rei, quæ æstimationem recipit.

Jam Q. quid Juris, *si liber homo, qui nullam æstimationem recipit, occidatur, vel ei noceatur?* ℞. si liber homo occisus sit, quòd 50. aureos, pœnæ nomine, solvere oporteat. Si verò duntaxat vulneratus fuerit, tunc de Jure communi certa pœna non est expressa, sed condemnatur Reus in id, quod Judici, æquum esse, videbitur, adeòque pœna est arbitraria. *Manz. n.* 16. Debet autem Judex computare mercedes, Medicis præstitas, cæterosque sumptus, & impendia, quæ in curatione facta sunt. Item denique operas, quibus læsus illo tempore caruit, & quibus imposterum, ob membrum aliquod fortè perditum, cariturus est *text. hic.* & in *l. fin. ff. de his qui dejec. vel effud.* Sed an *Cicatricum*, & *Deformitatis* etiam sit habenda ratio? *d. l. fin. id negat.* Quod volunt procedere in *Masculis*, non etiam in *Fœminis*, quia his deformitas magis nocet, quàm illis, vide *Manz. num.* 19. *Schamb. v. Quæres.*

AD V. CUI SIMILIS. §.

Tertia Quasi delicti species est, quando quis eo loco, quo vulgo itur, *suspensum quid habet*, vel positum, quod facilè cadere vel alicui nocere potest; tunc enim, licèt adhuc nulli nocitum sit, cuilibet de populo actio prætoria in factum datur ad pœnam 10. Aureorum, quia ipse metus à Prætore punitur, & meliùs est in tempore occurrere, quàm post vulneratam causam remedium quærere. Dixi: *facilè*, quia, si ita sit positum, ut prætereuntibus nocere nequeat, non tenetur, *l.* 5. §. 11. *ff. h. t.* Unde mulieres hoc modo, ne facilè cadant, viridaria in ollis ante fenestras licitè habere possunt, *Schneid. n.* 11.

§. SI FILIUSFAM.

Quamvis paterfam., ex cujus cænaculo, vel domo quid dejectum effusumque est, pro liberis, & servis, proque tota familia ex quasi de icto obligetur, ut diximus, si tamen filiusfam. seorsim à patre habitaverit, & quid ex cænaculo ejus dejectum, effusumque fuerit, sive quid positum, suspensumque habuerit, quòd facilè decidere potuit, nulla in patrem, sed in ipsum filium, ex quasi maleficio in factum actio dabitur. *Text. hic.* & *l.* 1. §. 7. *ff. de his, qui dejecer. &c.* Ratio, quia de peculio in patrem ex filiisfam. contractu, vel quasi competit, non ex delicto, vel quasi, §. 4. *infrà Quod cum eo, qui in alieno potest. &c.* Quòd si tamen etiam ex delicto, vel quasi 5

quasi filiusfam. sit condemnatus, tunc quoque & pater peculio tenus conveniri potest. *l.* 35. *ff. de noxal. act.* Ratio, quia tunc non tam ex delicto, vel quasi, sed potiùs quasi ex contractu obligatus est, cùm per judicium quasi contrahatur, *l.* 3. §. *Idem scribit. ff. de peculio Schamb.* Quod dictum est de filiofam. ob dejectionem, vel effusionem quasi delinquente, idem (adjungitur in *fine* hujus §.) sentiendum est de judice, per Imperitiam malè judicante.

§. ITEM EXERCITOR FIN.

6 Nota, quòd exercitor navis, sive nauta ille dicatur, ad quem quotidianus quæstus navis pertinet, §. *Si igitur* 1. *infrà. Quod cum eo, qui in aliena potest.* Exercitor cauponæ, sive caupo, qui viatores hospitio recipit, *l. Naut ff. Naut. caup.* Exercitor stabuli, sive stabularius, qui permittit Jumenta apud se stabulari, *d. l. Nauta* 5. Hi omnes, aliorum hominum opera uti, necesse habent. Quòd si itaque ab iis hominibus, quorum opera utuntur alicui in navi, caupona, aut stabulò damnum datum, aut furtum factum est, tunc tenetur nauta, caupo, stabularius ex quasi delicto, quia quasi culpa est, opera hominum malorum uti. *Text. hic.* & in *l. fin.* §. 4. *ff. Nautæ, Caup. &c.* Ut intellectus hujus materiæ reddatur facilior, scias, necesse est, quòd deponens rem suam in navi, caupona, vel stabulo, triplicem actionem pro re subtracta habeat; quarum tamen una electa ea contentus esse debet, *l. licèt* 6. §. *Possumus.* 4. *ff. Nautæ, Caup. &c.*

Prima est actio in *factum* prætoria, ex quasi delicto descendens, quæ datur ei, cui in navi caupona, aut stabulo damnum datum, vel furtum factum est ab iis, quorum opera utitur dominus, adversus dominum in duplum.

Dixi I. *Prætoria*, quia hæc actio datur ex dicto prætorio, *l. un* §. 3. *ff. furt. adversf. naut.* ubi tamen notandum quòd præter istam actionem, ex edicto prætorio descendentem, etiam dentur actiones civiles, *locati*, si merces intervenerit; aut *depositi*, si gratis res susceptæ sint, *l.* 3. §. 1. *ff. nautæ, caupones, &c.* verum utilis esse videtur remedium prætorium; quia actio locati ad culpam duntaxat *levem*, & depositi ad *latam*. hæc verò etiam ad *levissimam* datur, quod speciale est in hac actione, *d. l.* 3. §. 1. *nautæ, caup. &c. Schamb. hic. Schneid. n.* 4.

Dixi II. *ex quasi-delicto*, quia, culpa esse, censetur, opera malorum hominum uti. *Manz. n.* 17.

Dixi III. *quæ datur ei, cui damnum datum, aut furtum factum est.* Illud non interest, in quibuscunque rebus id contigerit, sive sint merces, sive vestes, sive nostræ, sive alienæ, dummodo nostra intersit, salvas esse, *l.* 1. §. *Ait prætor. d. t.* Nec refert, sive exercitor sciat, res esse immissas, sive non, *d. l.* 1. §. *fin.* ubi dicitur; recepit, res salvas fore, sive sint ei assignatæ, sive non, eo ipso enim, quòd in navim immissæ sint, receptæ videntur. *Accedit*, quòd periculosum foret, semper exercitoribus ostendere bona, quæ quis navi infert; per hoc enim immineret periculum vitæ, & quandoque quis insidiis latronum, furumque exponeretur. *Schneid. n.* 2.

Dixi IV. *in navi, caupona, aut stabulo*, quia exercitor non tenetur, si nauta, v. g. extra navem, furtum fecit, *l.* 7. *ff. nautæ caup. &c.* famulus cauponis extra officium, sibi commissum, aliquid recepit, *l.* 3. §. 2. *eod.* Ratio, quia regulariter dominus non tenetur pro delictis famulorum, extra officium delinquentium. *Manz. n.* 2. Sic quoque dominus non tenetur, si quis in nuptiis focariæ pallium traderet pro custodia, eamque amitte-

emitteret, quia cellarius, non focarius, ad hoc officium deputatus est. *Manz. n.* 5.

Dixi V. *quorum opera utitur dominus*, nam, si alii homines, qui in navi vehuntur, puta, *extranei*, aliis *damnum* dent, aut *Furtum* faciant, exercitor non tenetur. *l.* 6. §. 3. *ff. nautæ, caup.* &c. juxta *l. un.* §. 6. *fur. adverf. naut. Schamb. hic. Schneid. n.* 2.

Obj. l. 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *ff. de naut. caup. ftabul.* &c. in quibus apertè cautum, quòd caupo etiam *Viatorum* præftare factum teneatur; *ergò* non tantùm tenetur pro fua familia. ℞. cum *Harp. n.* 7. *Schamb. hic.* & pluribus aliis, præter actionem, jam difcuffam, cauponem, exercitorem, &c. ob furtum viatorum conveniri poffe *in factum de recepto actione*, quæ quafi ex contractu defcendit, & in fimplum adverfùs cauponem, &c. propter damnum, aut furtum à viatoribus factum, competit. Atque de hac actione præmemorati textus intelligendi funt, *l. un.* §. 3. loquitur de actione, quæ ex quafi delicto adverfus cauponem in duplum oritur, neutiquam verò propter furtum, vel damnum, à viatoribus illatum, contra dominum datur. Itaque ad hujus rei evident am diligenter *notandum* eft, duo *Edicta* fuiffe de *nautis*, *cauponibus*, & *ftabulariis*, quorum uno prætor in factum actionem de recepto dedit, quæ ex quafi - contractu oritur: altero in factum actionem ex quafi delicto in duplum. *Differunt* hæ duæ *actiones*, quòd illa fit *rei perfecutoria*, & ideò in hæredem detur, *l.* 3. §. 4. *ff. naut. caup.* &c. Hæc verò *pænalis* fit, Ideoque in hæredem non competat, *l. ult.* §. *ult ff. eod.* In illa caupo, exercitor, ftabularius præftat factum omnium, etiam vectorum, id eft, qui navi vehuntur, *l.* 2. §. 3. *ff. eod.* in hac verò exercitor non tenetur nomine vectorum, aut caupo nomine viatorum, fed eorum, quorum opera utitur, *l. pen. ff. eod. Schneid. n.* 5. Et hæc eft fecunda actio, quæ vocatur in factum de recepto, ex quafi contractu competens, *Schamb. hic.*

Tertia eft actio furti, competens deponenti contra eum, qui res furto fubtraxit, quicunque ille fuerit, *l.* 5. §. *fin. ff. h. t.* & de hac actione Tit. fuprà egimus.

Q. *An quis invitus cogi poffit, recipere hofpites?* ℞. regulam effe, quòd cogi non poffit, *l* 1. §. 1. *ff. Naut. caup.* Excipe, fi quis hofpitari cœperit, vel hofpitii figna oftenderit, quod de cafu procedit. *l. un.* §. *fin. ff. furt. adver. naut.* in his verbis: *nec repellere poteft, nifi nimia fit hofpitum affluentia. Harp. n.* 9.

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Quid fit actio?*
2 *Officium Judicis aliud nobile, aliud Mercenarium.*
3 *Advocatus pro mercede fua non habet actionem.*
4. *Authoritate propria nemo poteft rem fuam occupare.*
5 *Quomodo de Jure Auftriaco puniatur rem occupans fine authoritate Judicis?*
6 *Actio alia realis, alia perfonalis.*
7 &, 8 *Cafus actionis perfonalis.*

9. *Actio*

9 *Actio alia directa, alia utilis.*
10 *Actio realis definitur.*
11 *Usque*
16 *Ponitur casus Rei vindicationis.*
17 18 19 20 *Quid sit actio confessoria? cui? contra quem? ad quid competat? & quæ sint ejus Requisita?*
21 *Usque*
27 *Quid sit actio negatoria? cui? contra quem? ad quid competat? & quæ sint ejus requisita?*
28 *Actiones aliæ sunt prætoriæ, aliæ civiles.*
29 *Quid intersit, an actio sit prætoria, an civilis?*
30 *Actiones ex statuto an sint civiles, an prætoriæ?*
31 & 32 *Actio Publiciana quid sit?*
33 *Quibus competat?*
34 *An vero domino competat?*
35 *Contra quem competat?*
36 *An detur contra titulo possidentes?*
37 *Quæ sint requisita actionis Paulianæ?*
38 *Ponitur casus actionis rescissoriæ.*
39 *Remedium rescindens, & rescissorium an detur?*
40 *Restitutionem in integrum quis concedat?*
41 42 43 *Recensentur requisita ad restitutionem in integrum.*
44 *Intra quale tempus actio rescissoria intentari debeat?*
45 *Usque* 49 *Quid sit Actio rescissoria?*
50 *Ponitur casus actionis Paulianæ.*
51 *Quid sit actio Pauliana?*
52 *Alienare in fraudem Creditorum.*
53 *An ille dicatur alienare in fraudem Creditorum, qui non acquirit?*
54 *Quibus competat?*
55 *Titulus alius onerosus, alius lucrativus est.*
56 *Quid intersit, an titulo oneroso, an lucrativo alienatio in fraudem creditorum facta sit?*
57 *Quid requiratur ad actionem Paulianam?*
58 *Fraus alia est consilii, alia eventus.*
59 *Qualis fraus requiratur ad actionem Paulianam?*
60 61 62 63 & 64 *Quando proponenda sit actio Pauliana, & ad quid competat?*
65 *Actio Serviana exponitur.*
66 *Illata, & invecta in prædium rusticum an tacitè pignori obligentur?*
67 68 69 70 71 & 72 *Actio Serviana cui? contra quem? & pro quibus rebus competat?*
73 *Merces an tacitè pro pignore obligentur*
74 *Quæ sint requisita actionis Servianæ?*
75 76 77 78 79 80 *Quid sit actio quasi Serviana? cui? & contra quem competat?*
81 82 83 & 84 *Exponitur actio de constituta pecunia.*
85 86 & 87 *Quale debitum constitui possit?*
88 *Ad quid competat actio de constituta pecunia?*
89 *Usque* 93 *exponitur actio de peculio.*
94 *Definitur Juramentum.*
95 & 96 *Quot sint species Juramenti.*
97 *Quid sit Juramentum voluntarium extra judiciale?*
98 99 & 100 *Exponitur Juramentum judiciale.*
101 & 102 *An Juramentum judiciale operetur necessitatem acceptandi, aut referendi, si actor penitus nihil probaverit?*
103 *Quid sit Juramentum necessarium?*
104 *Quæ sint ejus requisita?*
105 106 107 & 108 *Exponitur in quibus causis Juramentum necessarium non habeat locum?*
109 & 110 *Cui sit deferendum Juramentum suppletivum?*
111 112 *Quid sit Juramentum in litem?*
113 & 114 *An Judex reum ultra duplum veræ æstimationis condemnare possit?*

CONNEXIO.

TRiviale est, omne *Jus* quo utimur, vel ad *Personas* pertinere, vel ad res, vel ad *Actiones*, §. ult. *Inst. de J. N. G. & C.* De Jure personarum in *Libro I.* dictum est. De rebus *Libro II. III. & IV.* ad hunc usque *Titulum*, rebus enim etiam obligationes annumerantur, cùm sint res incorporales. Superest, ut actiones quoque ad lancem examinis appendantur. Quam materiam, nomine compendii, eorum omnium insignire possis, quæ hactenus dicta, & in cæteris partibus Juris latissimè hinc inde quasi sparsa, & disjecta sunt. Itaque *operæ* pretium est, ut *aureo huic Titulo* omnium virium impendio, & contentione animi impigrè insudetur, meretur id *Dignitas* materiæ, suadet *Utilitas*, efflagitat *Necessitas*; *Jurista* enim, qui *Cognitione Actionum* caret, est instar *Militis* carentis *gladio*.

AD PRINCIPIUM.

1 ACtio *definitur* hic in *princip.* quòd sit *Jus persequendi in Judicio, quod sibi debetur*, *text. hic.* & *l.* 51. *ff. de O. & A.*

Dicitur I. *Jus*, id est, facultas, seu potestas legitima, à Jure tributa.

Dicitur II. *persequendi*, ut differat ab aliis rebus, in Jure consistentibus, v.g. à *Via*, *Usufructu*, *Dominio*, &c. Via enim est *Jus eundi*, &c. Usus fructus est *utendi fruendi*; dominium est Jus *disponendi*, actio verò est Jus *persequendi*, hoc est, Rei, vel Juri nostro tam diu insistendi, donec aut consequamur quod nobis debetur, aut ejus obtinendi spes nobis præscindatur. *Harp. n.* 30. *hic.* quod utrumque contingit officio Judicis, ubi *observa*, officium Judicis aliud nihil esse, quàm potestatem cognoscendi, & judicandi secundùm modum Jurisdictionis, vel facultatis concessæ, *arg. l.* 12. §. 1. *ff. de Jud.*

Dividitur in *nobile*, & *mercenarium*. 2
Nobile est, quod per se stat, non deserviens alicui actioni, & hoc aliquando exercet Judex motu proprio, absque eo, quòd requiratur, aut rogetur, ut si in sceleratos propria authoritate inquirat, *arg. cap.* 24. ✠ *de accusat.* Aliquando verò ad petitionem, & instantiam partis; veluti quando Judex suum officium alicui impertitur, qui nullam habet actionem, æquum tamen est, aliquid fieri, vel præstari, v. g. si quis petat, se restitui in integrum, *lib.* 1. §. 1. *ff. de Minor.* vel alimentari à patre suo, filius enim ad consequenda alimenta nullam habet in Jure actionem, *l.* 4. *ff. de Jud.* ut proinde ei necesse sit, nobile Judicis officium implorare, *l. fin. Cod. de alend. lib.*

Sic pariter Advocatus, vel Medicus, 3
qui per stipulationem sibi de salario expressè non prospexit, non aliam, aliquid consequendi viam habet, quàm si ad nobile Judicis officium confugiat: excellentiam enim artis, quæ non est prætio æstimanda, actionem non habet, sicuti illi, qui operas suas pro mercede locant; sed à Judice ei pro modo facundiæ, & impensi laboris qualitate decernatur, necesse est, *l.* 1. §. 1. *ff. de variis, & extraord. cognit. Schneid. num.* 10. *Gail. lib.* 1. *obs.* 44. *Carpzov. p.* 1. *const.* 1. *def.* 11. *Mev. p.* 3. *decis.* 332. *num.* 7. Mercenarium judicis officium est, quod per se non stat, sed actioni deservit, quasi ancilla suæ dominæ. Hoc exercere Judex toties dicitur, quoties aliquis ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi tali actionem in judicium deducit, & judex desuper cognoscit, aut judicat. *Harp. num.* 21.

Dicitur III. *in judicio*, tum ut actio-

 nes

nes judiciales secernantur ab extra judicialibus postulantibus. Nam si quid *extra* judicium ab aliquo requiram, non dico *agere* sed *requirere petere*, &c. quoniam actio exigit judicium. *Manz. num.*
4 13. *Harp. num.* 36. tum ut indicetur, quòd nemo debeat propria authoritate jus sibi dicere, aut rem, quam sibi deberi contendit, occupare, sed potiùs legitimis actionibus experiri, ac suum consequi debeat, *l.* 13. *ff. quod met. causa.* Imò in jure gravissimæ pœnæ in illos constitutæ sunt, qui propria authoritate, vi quadam ablativa, vel expulsiva possessionem rei, penes alium constitutam, occupant. Nimirùm, ut is, qui præfato modo, propria scilicet authoritate, rem violenter occupavit, eam non duntaxat teneatur restituere, sed &, etsi dominus sit, dominium ejus amittat; si vero dominus non sit, æstimationem ei, cui adempta, præstare teneatur, *l.* 7. *Cod. unde vi. Brunn. ibid. n.* 3. Imò, talis, propria authoritate facta, occupatio, pacis publicæ Edicto continetur. *Gail. de pace publ. lib.* 1. *Cap.* 1. Et tametsi *Covarr. var. resolut. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 7. hujus legis constitutionem à toto Christiano orbe abolitam esse, autumet; contra tamen sentit. *Menoch. de recup. poss. remed.* 9. *num.* 3. & *Brunn. loc. cit. num.* 11. qui posterior, pœnam juxta hanc legem irrogandam esse, asserit; nisi per consuetudinem probetur sublata.

5 De Jure *Austriaco*, qui rem propria authoritate sine decreto judicis occupat, de vi tenetur, *Suttinger obs.* 124. *num.* 2. his verbis: *Und derowegen hat sich der Gegentheil, deme solcher gestalten etwas (ausser derer Gerichtlichen Commissarien) entzogen wird, eines Gewalts billig zu beklagen.* Quævis autem (etiam minima) vis pœna 50. fl. mulctatur; si verò armata manu illa sit, vim inferens 100. fl. punitur. Teste *eod. Suttinger obs.* 134. *num.* 1. ibi: *Wann einer* &c. i. e. *Qui alteri vim fecit, ac de ea ut parti læsæ satisfaciat, sententia est condemnatus; ei propter vim illatam etiam minimam, solet multa* 50. *fl. imponi, si autem manu armata vis facta est; multa est* 100. *fl. ad minimum.*

Dicitur IV. *quod sibi debetur.* Ubi, tametsi aliqui amantes subtilitatem, existiment, per ista verba non comprehendi, nisi actiones personales, utpote per quas petimus, quod nobis debetur, rectè tamen dixeris, sub ly *debetur* etiam comprehendi actiones reales, quia & illud, quod nostrum est, hactenus debetur, ut nobis restituatur. *Manz. n.* 29. *Harp. n.* 43. *Hunn. var. resol. lib.* 4. *p.* 2. *q.* 3.

§. OMNIUM. I.

Exposita actionis *definitione*, progreditur modò *Justinianus* ad ejus divisionem. Dividitur autem actio I. in *realem*, & *personalem*, omnium enim (inquit *text. hic.*) actionum, quibus utimur, ea est natura, ut aut in personam dirigantur, aut in rem. Actio personalis illa dicitur, qua agimus contra eum, qui ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi nobis obligatus est ad aliquid dandum, vel faciendum. *Schneid. n.* 12. 6

Casus *Actionis personalis.* Titius vendidit mihi equum, &, aliquoties interpellatus, recusat, illum tradere, vel dedit mihi damnum, & non vult illud resarcire. Q. qualis mihi adversus Titium competat actio? R. quod personalis, ratio, quia (quoad equum) est mihi obligatus ex *contractu* venditionis, ad illum mihi tradendum: & (quoad *damnum*) ex *delicto*, ad illud sarcien- 7

dum.

dum. *Manz. n.* 13. Dicuntur autem actiones, quæ ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi progenerantur, ideò personalis, quia omninò infixæ sunt personis litigantium, & ossibus actoris tenacissimè inhærent, sicuti character baptismi inhæret animæ, hinc etiam personam ejus comitari dicuntur, sicut lepra leprosum. *Schneid. num.* 2.
8 Unde *Infero*: si posito casu Titius equum mihi venditum posteà alteri vel vendat, vel donet, vel quacunque alia ratione alienet, quod mihi conta tertium, in quem facta est alienatio, nulla competat actio. Non personalis, ratio, quia personalia personam non egrediuntur, & iste tertius mihi ex nullo contractu, vel quasi, ex nullo delicto, vel quasi obligatus est. Non realis, quia actio realis ex parte agentis præsupponit dominium quod in me ante traditionem translatum non est; *traditionibus* enim, non nudis *pactis* transferri rerū dominia, in propatulo est. *lib.* 20. *Cod. de pact. Manz. num.* 15. & 16.

Dices: omnes actiones personales transeunt ad hæredes. Item tertio cedi possunt, *ergo* actio personalis personam contrahentium egreditur. ℞. ad I. quòd hæres, & defunctus censeantur esse una eademque persona, cùm hæres in universum Jus defuncti succedat, *l.* 59. *ff. de R. J. Manz. n.* 19. *hic.* Ad II. dico, quòd in cessionarium actio duntaxat utilis, non directa transferatur. *Schneid. num.* 11. Sic, si, accepto certo pretio, actionem vendidi, quam habeo adversus Titium, tibi cessi, non directam, sed utilem contra Titium actionem exercere potes. *l.* 1. *Cod. de O. & A.* Item creditor, cui debitor nomina in solutum dedit, utilem actionem rectè intentat, *l.* 6. *eod. Perez. ad Cod. de O. A. n.* 14.

Quod, ut meliùs percipiatur, *Observa* Actionem *directam* appellari illam, 9
quæ non tantùm ex mente, & voluntate legis, sed ex ipsis verbis datur. *Utilem*, quæ non ex verbis, sed mente legis, suadente, & exigente æquitatis ratione, detur. Ut ecce: lex XII. Tab. si verba legis consideremus, illis duntaxat actionem de pauperie accommodat, quibus animal quadrupes nocuit. Jam fac, quod non *bos*, vel *equus*, sed animal *bipes* v. g. *grus*, *ciconia*, &c. pauperiem tibi fecerit. Hoc in casu utilis tibi de pauperie actio contra dominum bruti competit. *Schneid. n.* 5. Quæ tamen actiones in effectu non differunt, *§. ult. Inst. ad leg. Aquil.*

Actio *realis* illa dicitur, qua quis non 10
contra eum, qui ex contractu, vel quasi, ex delicto, vel quasi, sed contra illum agit, qui possidet rem, in qua actor dominium, vel aliud jus habet. *Manz. n.* 20. Vocatur realis, quia rem ipsam sequitur, & semper adversus eum datur, qui rem possidet; etiamsi illa per mille manus ambulaverit, *l.* 25. *ff. de O. & A.* Species actionum realium variæ occurrunt, puta, *rei vindicatio*, actio *confessoria*, actio *negatoria*, actio *Publiciana*, *rescissoria*, *Pauliana*, & *quasi Serviana*, de quibus in ordine, & cùm exempla declarent regulam, ideo cuilibet actioni præmittam casum. Itaque sit.

Casus rei vindicationis. Cùm ambularem in campo, excidit mihi de digito 11
annulus, quem posteà invenit Titius. Vel fur quidam subtraxit mihi scyphum argenteum, eumque vendidit Titio. Ego interpello Titium, ut annulum, aut scyphum restituat. Ille recusat. Q. qualis mihi contra Titium competat actio? ℞. quod rei vindicatio, *text. hic.* & in *l.* 25. *ff. de O. & A.*

Quid sit Rei vindicatio? Definitur,
12 quòd sit actio realis, qua dominus agit adversus possessorem rei suæ corporalis, & petit, se dominum declarari, eamque sibi una cum fructibus restitui. Dicitur *corporalis*; pro rebus enim incorporalibus non rei vindicatio, sed actio confessoria, vel negatoria datur, de quibus §. *seq.* Deinde rei vindicatio in eum dirigitur, qui possidet, *text. hic.*& *l. 6. ff. de R. V.* Sed res incorporales possideri non intelliguntur, *l.* 4. §. 27. *ff. & usucap.* ergò *Harp. n.* 39.

13 *Cui competat*? Rei vindicatio ei competit, qui Jure gentium, aut civili, rei petitæ dominus est, *l.* 23. *ff. h. t. Zoes. n.* 4. Unde, cùm dominium aliud sit directum, & aliud utile, prout *lib. II. tit.* 1. *n.* 28. dictum est, ideò rei vindicatio alia directa, alia utilis. Illa datur domino directo Hæc domino utili puta *emphyteutæ vasallo usufructuario, Schneid n.* 64. *Manz. n.* 16. *Zoes. ff. de R. U. n.* 3.

14 *Contra quem competat*? Rei vindicatio regulariter competit contra possessorem *l.* 9. *l.* 24. *ff. de R. V.* Cùm vero varii sint possessores; Ideò *competit. I.* adversùs eum, qui rem possidet *naturaliter*, & *civiliter, hoc est, qui rem corpore & animo habet.* II. competit contra naturaliter possidentem tantùm, *l.* 9. *ff. de R. V.* cùm & iste habeat facultatem rei restituendæ. III. contra civiliter possidentem tantùm, hoc est, qui animo tantùm retinet possessionem, actu autem rei non insistit, ut in *l.* 6. §. *Qui ad nundinas ff. de acq. vel amitt. poss* IV. adversùs eum, qui nudam habet *detentionem*, puta contra *commodatarium, depositarium, colonum*, &c. *d. l.* 9. *ff. de R. V.* Qui tamen judicium evitare possunt, laudando, & nominando dominum, *l.* 2. *Cod. ubi in rem actio*, &c. *Schneid. n.* 81. *Zoes. loc. cit. num.* 38. V. adversùs dolo *desinentem* possidere, *l.* 27. §. 3 *ff. de R. V.* Ratio, quia paria sunt, possidere, & dolo desiisse possidere, dolus enim repræsentat rem, *lib.* 150. *ff. de R. I. & lib.* 131. *ff. eod. Manz. n.* 25. Dolo autem desinere possidere dicitur, qui rei vindicationem, sibi imminentem, metuit, & rem alienat, aut perdit, ne apud se reperiatur. *Schneid. n.* 84.

Ad quid competat? Competit rei vindi- 15
catio ad hoc, ut res restituatur cum omni causa, hoc est, utilitate, quæ ex illa re causatur, vel producitur. Unde, si dolo possessoris; vel culpa res perierit, vel deterior post litem contestatam facta fuerit, vel fructus perceperit, aut aliud emolumentum ex re natum sit, horum omnium ratio in rei restitutione habebitur, *l.* 17. §. 1. *ff.* & *l.* 7. §. 12. *Cod. d. R. V.* Fructus autem non aliter adjudicantur in hac actione, quàm si ab actore nominatim petiti fuerint, *l.* 25. §. 8. *ff. de adilit. edict. Manz. n.* 42. *Schneid. num.* 136. Secùs in petitione hæreditatis, fructus enim augent hæreditatem, *l.* 1. *Cod. de hæred. petit. Perez. Cod. de R. V. n.* 19. Quales verò fructus bonæ, vel malæ fidei possessor teneatur restituere, diximus *l. II. tit. I.* §. 35. *per tot.* Intereà ex dictis utique hauseris.

Quæ requirantur ad Rei vindicationem? 16
Nimirum *duo*: unum ex parte *Actoris*; alterum ex parte *Rei*. Ex parte Actoris requiritur *Dominium*, quod probare debet, actori enim incumbit probandi onus, eoque nihil probante, reus absolvitur, *l.* 4. *Cod. de edendo.* Ex parte rei possessio, seu detentio, & rei restituendæ facultas, *l.* 9. *ff. de R. V.* Quomodo autem dominium probetur, latè deducit *Schneid. hic. n.* 66. & *seqq.* Cæterùm, cùm dominii probatio sit difficillima, §. 4 *Inst. de Interdict* Ideò te monitum velim, ut diligenter attendas, an aliquo

aliquo interdicto rei possessionem nanscisci, & adversùs possessorem experiri possis. Quo habito, inepte faceres, si rei vindicationem in judicium deduceres, cùm in casu intentati interdicti solam probare debeas possessionem, cujus probatio longè est facilior. *d.* §. 4.

§. ÆQUE. 2.

17 Dictum est, quæ competat actio pro rebus corporalibus, traduntur in *hoc* §. duæ actiones pro rebus incorporalibus, quarum prima vocatur *confessoria*; altera *negatoria*.

Casus actionis confessoriæ. Titius concessit mihi servitutem aquæ ductus per fundum suum ad meum. Ego aquam per fundum Titii constanter absque ulla Titii contradictione duxi. Postea, fundo vendito, novus dominus, sive emptor impedit me in usu aquæ ductus, Q. jam quomodo mihi contra impedientem consultum sit? R. per actionem confessoriam, à confitendo dictam, actor enim eam proponendo confitetur, & asserit, sibi jus aliquod in fundo alieno competere. *Schneid n.* 8. *Harp. n.* 2.

18 *Quid sit actio confessoria?* Dico, quòd sit actio realis, competens alicui ratione servitutis constitutæ, vel alterius juris, contra impedientem, ad hoc, ut judex per sententiam declaret, atque pronuntiet, actori jus competere, & condemnet reum, ut cesset ab impedimento, & de non amplius turbando caveat, fructusque perceptos, & interesse præstet.

19 *Cui competat?* Actio confessoria ei datur, cujus est, v. g. qui servitutem habet, hoc est, qui contendit, sibi competere jus *eundi, agendi, aquam ducendi per fundum vicini ad suum, Perez. ad Cod. de Servit. num.* 31. Illud autem non refert, utrùm actionem confessoriam intentans, in fundo dominante habeat sive directum dominium tantùm, vel utile tantùm, quale habeat *emphyteuta*, vel *vasallus*. Illis enim directa: his utilis datur. *Manz. num.* 11. *Schneid. n.* 11. An usufructuario detur? Affirmat, *l. un.* §. 4. *ff. de remiss.* Negat econtra *lib.* 1. & *lib.* 5. §. 1. *Si ususfruct. pet.* Referre existimo, quis impediat usufructuarium in usu, & exercitio servitutis? Si ab ipso proprietario impediatur, actio confessoria neque directa, neque utilis ei datur, *d. l.* 1. & *l.* 5. §. Ratio, quia adversùs proprietarium jus utendi fruendi principaliter persequitur, & sic servitus, fundo fructuario debita, venit in consequentiam, ne aliàs servitutem servitutis petere videatur. *Schneid. & Manz. loc. cit.* Si à quodam tertio in exercitio, & usu servitutis impediatur, usufructuario datur actio confessoria, saltem utilis, *d. l. un.* §. 4. *Sometting. Inst. h. t. n.* 33. *Harp. n.* 6.

Contra quem competat? datur contra dominum prædii servientis, qui constituit servitutem, postea impedit dominum prædii dominantis in usu, & exercitio servitutis, *l.* 6. §. 3. *si Servit. vind.* Dices: actio confessoria semper est inutilis; vel enim servitus debetur ex testamento? & datur actio personalis ex testamento. Vel debetur ex stipulatione? & datur actio ex stipulatu, vel debetur ex alio contractu, puta, emptionis, &c. & datur actio ex empto; *ergò* nunquam sortitur locum hæc actio, imò inutilis est, utpote quæ 10. inter præsentes; 20. inter absentes: actiones verò personales ex contractu 30. demum annis extinguuntur. R. actionem confessoriam non tantùm non esse inutilem; sed quandoque maximè necessariam: fac enim, quòd extraneus quidam me in usu; & exercitio servitutis turbet: hoc in casu actio personalis ex contractu ideò lo-

cum

cum non habet, quia personam contrahentis non egreditur: contra actio confessoria datur contra quoscunque impedientes. *Schneid. n.* 14.

20 *Pro quibus Rebus competat?* Quandoquidem hæc actio duplex est, alia *directa*, alia *utilis*. Ideò directa datur pro servitutibus, nulla facta differentia, personales illæ sint, sive reales, urbanæ, sive rusticæ. *Harp. hic.* Utilis verò competit pro quolibet jure incorporali, puta, jure *decimandi*, *piscandi*, *venandi*, *præsentandi*, &c. *Mynsing. n.* 22. *Schneid. n.* 10. *& communiter omnes.*

Ad *quid competat?* Datur ad hoc, ut Judex declaret, actori Jus in re competere, reumque condemnet, ut cesset ab impedimento, &, de non ampliùs turbando caveat, atque Fructus perceptos, & Interesse præstet, *Manz. n.* 27.

De *Actione negatoria.* Actio negatoria confessoriæ actioni contraria est, *l. Sicuti ff. si servit. vind.* cùm verò, teste Philosopho, contraria, juxta se posita, magis elucescant. *arg. l. un. §.* 2. *Cod. de Caduc. toll.* ideò præfata actio rectà methodo hic subjicitur discussioni, itaque sequitur.

21 Casus *Actionis negatoriæ.* Habeo prædium vicinum prædio Sempronii, &, ut Sempronius ad suum prædium pervenire possit, magno ipsi opus erat circuitu, quem ut evitaret, me inscio, & invito, constanter per meum prædium ad suum duxit vehiculum, vel egit jumentum, hac persuasus fide, sibi, in meo fundo competere servitutem actus. Ego aliquoties Sempronium requisivi, ut ab usu, & exercitio, ducendi vehiculum desisteret; at is, spreta omni adhortatione, non desistit. Quæstionis est, quomodo mihi adversus Sempronium consultum sit? ℞. per actionem *negatoriam*, exinde sic dictam, quia nego, Sempronio in meo prædio, aut fundo servitutem actus competere.

Quid sit Actio negatoria? Puto, concinnè taliter describi posse, quòd sit *actio realis, qua quis negat, prædium suum alteri servitutem debere; sed asserit, illud, quoad adversarium, esse liberum, petitque, ut judex declaret, prædium suum esse liberum, condemnetque reum, ut ab usu servitutis desistat, cautionem de non ampliùs molestando præstet, damna illata restituat, fructusque & interesse præstet. Manz. n.* 10. Dixi notanter: *quoad adversarium esse liberum*; tametsi enim prædium meum non in totum sit liberum; sed fortè alicui tertio serviat, si tamen liberum sit respectu ejus, cum quo ago, rectè procedit actio negatoria. *arg. l.* 4. *§.* 7. *ff si servit. vind.* ubi dicitur, quòd licet serviant ædes meæ; si tamen ei non serviant, cùm quo ago, verum sit dicere, quoad te liberas ædes habeo, *Schneid. num.* 43. 22

Cui competat? Actio negatoria duplex est, *directa*, & *utilis*. Illa datur habenti *plenum* vel *directum* dominium in prædio, in quo adversarius prætendit, sibi jus, vel servitutem competere, *l.* 2. *l.* 4. *ff. si servit. vind. Struv. Syntag. Jurisprud. lib.* 8. *tit.* 5. *num.* 49. *Schneid. num.* 31. Utilis verò competit, habenti dominium utile in fundo, quo alter servitutem sibi arrogat, v.g. *emphyteutæ, vasallo usufructuario,* &c. *Manz. n.* 13. *hic.* 23

Contra quem competat? Negatoria actio competit adversùs eum, qui in prædio nostro servitutem prætendit, *l.* 8. §. 5. *l.* 17. *ff. eod.* Item contra eum, qui aliter utitur servitute, quàm uti debebat, *l.* 11. *ff. commun. præd. l.* 14. *ff. si serv. vind. Struv. d. loc. n.* 50.

Pro quibus Rebus competat? Quemadmodum 24

modùm actio confessoria) ùt *supra* diximus) directa, datur pro servitutibus, nulla factâ differentiâ, personales illæ sint, an reales, urbanæ, an rusticæ: ita quoque actio negatoria dicta toties competit, quoties adversario nostro negamus servitutem, personalis illa sit, sive realis, rustica, sive urbana, *Schneid. n.* 30. Item, sicuti actio confessoria utilis pro quolibet alio jure incorporali, putà jure *decimandi*, *piscandi*, *monetandi*, *collectandi*, &c. competit: ita quoque negatoria datur, dum quis alteri simile jus negat competere, *Struv. loc. cit.* 52. *Manz. n.* 52. *Mynsing. n.* 35.

25 *Quæ sint Requisita actionis negatoriæ?* Unum ex parte *actoris*, alterum ex parte *Rei*. Illud exigit, ut prædium sit liberum, nec debeat servitutem. Hoc, ut à reo sit usus attentatus, *Schneid. n.*

26 34 Quem usum attentatum actor probare debet. *Manz. num.* 22. Sed, Debetne actor etiam probare, fûdum suum esse liberum, atque adeò alteri non servire? Ratio *dubitandi* est; quia fundamentum intentionis suæ quilibet probare debet, *l.* 23. *Cod. de probat.* & actori incumbit onus probandi, *l.* 4. *Cod. de edendo*. Verùm contrarium omnes tenent *arg. l.* 8. *Cod. de servit.* ubi dicitur quòd quælibet res in jure præsumatur esse libera. unde sic licet argumentari: qui habet præsumptionem juris pro se, relevatur ab onere probandi, *arg l.* 5. §. 1. *ff. de probat.* & onus probandi rejicit in adversarium, *l. ult. ff. quod met cauf.* ergò in actione negatoria non actori, sed reo incumbit probandi onus, ex ulteriori hac ratione, quia affirmatio, non negatio probanda est, *l.* 23. *Cod. de probat.* atqui reus affirmat, sibi deberi servitutem, actor verò negat, ergò reus, non actor probare necesse habet, negantis enim nulla est probatio *l.* 2. *ff. de probat. Manz. num.* 16. *Schneid. num.* 38. & cæteri omnes. Ad rationem dubitandi ℞. allegatus leges procedere; nisi actor habeat præsumptionem juris pro se, hanc enim qui ancillantem habet, rejicit probandi onus in adversarium. *d. lib. ult. ff. quod met cauf.* & *lib.* 5. *ff. de probat.* Manet proinde inconcussum dogma quòd in actione negatoria onus probandi incumbat reo. Verùm hoc *Limitatur* in casu, quo reus est in quasi possessione servitutis. Ut ecce, ego habeo in muro Sempronii apertam fenestram, præstantem mihi servitutem luminis. Sempronius mihi de repentè negat servitutem luminis, ac me impetit actione negatoria. Hoc in casu ego, ut pote reus, non teneor necessitate probandi, in muro Sempronii servitutem luminis mihi competere; sed Sempronius probare debet, domum suam ab onere servitutis esse liberam. Ita *Alciat. de præsumpt. reg.* 2. *præs.* 1. 2. *Ant. Faber. ad Cod. lib.* 3. *tit.* 24 *num.* 8. *Mascard. conclus.* 1306. *num.* 4. *Munchmeyer. in select. enucleat. cas. pract. part.* 1. *cas.* 75. *fol.* 255. qui omnes concordi harmoniâ docent, quòd negatoriâ agenti si adversarius in quasi possessione sit, incumbat onus probandi, ratio videtur esse ista, quia præsumptio, quæ pro libertate prædii militat, est *generalis*, illa verò, quæ pro possessore facit, est *specialis*; vulgatum autem, & apud omnes et indubitatum quòd præsumptio specialis semper vincat generalem. *Fach. lib.* 11. *cap.* 56. *Barb. ad loc. commun. lib.* 14. *cap.* 9. *ax.* 10.

Ad quid competat? Datur actio negatoria, ad hoc, ut judex declaret, rem esse liberam, & nulli servire, *l.* 4. §. *pen. ff. si Serv. vind.* reumque condemnet, ut cesset ab usu servitutis, vel cujusque alterius juris attentato, atque

cautionem præstet, de imposterum, neque per se, neque per successores suos non ampliùs turbando, aut inquietando, *l.* 7. *ff. d. t.* damna denique illata resarciat, fructúsque, & interesse præstet, *d. l.* 4. §. 2. *V. Sed Zoës. ff. si serv. vind. n.* 9.

§. SED ISTE. 3.

28 Traditur hîc *secunda* actionum *divisio*, desumpta à causâ efficiente, scilicet quòd actiones aliæ dicantur *civiles*, aliæ *Prætoriæ*. Civiles sunt, quæ à jure civili inventæ, & introductæ sunt, cùm verò jus civile constet ex his partibus, puta, *lege*, *Plebiscito*, *Senatus consulto*, *Principum placitis*, *responsis Prudentum*, ideò actiones civiles illas esse dixeris, quæ ex una istarum juris civilis partium introductæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet; sive quæ ex edictis prætorum introductæ sunt. Quandòque enim jus civile nullam actionem tribuit eò quòd rigorem juris observet: Prætor autem, utpote qui semper habet æquitatem ob oculos, actionem accommodat, & jus civile supplet, ubi æquitati naturali convenit, aliquid dari, vel fieri *Manz. Schamb. & alii hic.* Dices: Nihil interest, num actio dicatur civilis, num Prætoria? ℞. hoc interesse; quòd actiones civiles sint perpetuæ, id est, durent 30. annis, Prætoriæ verò sint annales, & lapsu unius anni circumscribantur, prout audiemus *infrà* ad

30 *Tit. de perpet. & tempor. act. Dubitatur*: an actiones, ex statuto modernorum *ducum*, *magistratuum*, *vel civitatum* introductæ sint dicendæ prætoriæ, an civiles? ut ecce, ponamus, quòd ex jure statutario alicui delata sit hæreditas, ad quem jure communi non pertinet, eritne petitio hæreditatis, inde resultans, civilis, an prætoria? ℞. communiùs obtinere, esse civilem. Ita *Harp. n.* 15. *hic. Manz. n.* 31. *Gail. lib.* 2. *obs.* 17. *n.* 7. Ratio, quia jus civile illud dicitur, quod quisque populus, aut quæque civitas sibi proprium constituit: §. 1. *Inst. de I. N. G. & C.* ergò civiles sunt actiones, quas quisque populus, aut quæque civitas introduxit.

§. NAMQUE

De *actione Publiciana*. Dictum est *superius*, actiones alias esse *civiles*, alias *Prætorias*. Jam incipit *Imperator* declarare, quæ sint prætoriæ: ubi altô vertice eminet actio Publiciana, pro qua figuratur talis casus: profectus sum Linzium, & in itinere, vel ibi in foro emi à quodam extraneo, mihi incognito, equum, credens, venditorem istius equi dominum esse. Amitto hujus equi possessionem, forte, quia à me aufugit, & equus pervenit ad Titium. Ego requiro Titium, ut mihi equum restitueret. At ille recusat, aitque, venditorem illius equi non fuisse dominum. Q. qualis mihi contra Titium competat actio? Certum est quòd rei vindicatio non detur, quia non sum dominus istius equi, *arg. l. Nemo plus* 54. *ff. d. R. J.* tradens enim dominium, quod non habuit, in me non potuit transferre. Deinde, suppono, quòd equum triennió nondum usuceperim, ergò de jure civili actionem non habeo. Verùm cùm Prætori iniquum videtur, ut habens bonam fidem, & justum titulum, nullam haberet actionem, ideò introduxit actionem *Publicianam*, quam illis accommodat, qui bonâ fide & justô titulô rem aliquam à non domino acceperunt, & eam ante completam usucapionem amiserunt. *Manz. num.* 4. *hic. Schneid. n.* 14. 31

Quid

32 *Quid sit actio Publiciana?* Definiri potest, quòd sit *actio Prætoria in rem, quâ petimus id, quod nobis ex justa causa à non domino bona fide traditum est, & nondum usu captum, unà cum fructibus, damnis, & interesse restitui. Schneid. num.* 14.

33 *Quibus competat?* Datur hæc actio quasi dominium habenti, hoc est, illi, qui rem ex justa causa, puta, translativâ dominii à non domino traditam accepit, & antequam usu caperet casu aliquo amisit, ac hæredibus ejus, *text. hic. Glettle Inst. h. t. n.* 45. *Zoës. ff. de Publ. act. n.* 2. Dubitatur an actio Publiciana vero domino competat? Certum est,
34 quod domino, quâ tali, actio Publiciana non competat, I. per *l.* 1. *§.* 1. *ff. de act. Publ.* his verbis; *merito Prætor ait, nondum usucaptam, nam si usu-captum est habet civilem actionem*, puta, rei vindicationem *non honorariam.* II. per *l.* 18. *ff. de pignor.* ubi dicitur *eum Publicianâ uti, qui dominium non habuit.* III. quia Prætor voluit succurrere actori, quia alias actionem non haberet, *text. hic.* atqui verus dominus habet rei vindicationem, ergò. *Schneid. n.* 32. *Harp. n.* 18. *Zoës. loc. cit. num.* 3. *Hunn. ad Treut. vol.* 1. *disp.* 25. *q.* 35. Cæterum si verus dominus dominium (cujus probatio in jure dicitur difficillima, *§.* 4. *Inst. de interdict.*) facilè probare non possit & hac actione sub qualitate justi tituli, & bonæ fidei possessoris experiri velit, non video, cur removendus esset? eò quòd in *l.* 39. *§.* 1. *ff. de Evict.* disertè cautum sit, quòd is, qui egit rei vindicatione, & amisit, quia fortè dominium probare non potuit, redire possit ad publicianam. Quid multis? ineptum ego illum dixero, qui petere volens restitutionem alicujus rei amissæ, rei vindicationem solam in judicium deduxerit, difficillima enim est probatio dominii. Meliùs proinde fecerit si rei vindicationem, & actionem Publicianam simul intentaverit, ac libellum alternativè conceperit, v. g. peto hanc rem jure dominii, aut si probatione dominii deficerem, jure quasi dominii. Ita, praxi receptum esse, tradit *Gail.* 1. *obs.* 62. *num.* 4. *à Sometting. Inst. h. t. p.* 4. *num.* 53.

Contra quem detur? Competit actio Publiciana contra eum, qui jus infirmius habet actore, reique possessor, vel detentor est. *l. ult. ff. de Publ. in rem act.* Contra verum dominum regulariter non datur, hæc enim actio ideò introducta est, ut vincat is, qui jure firmiori nititur, *d. l. ult.* atqui actor jus firmius non habet, quàm verus dominus; ergò. Deinde, dolô actor peteret id, quod mox domino esset restituturus, *l.* 173. *§. Dolô ff. de R. J. Schneid. n.* 34. *Zoës. n.* 5. *à Sometting. loc. cit. num.* 54. ubi aliquot casus recenset, quibus etiam contra verum dominum datur hæc actio. 35

Q. num actio Publiciana detur contra titulô possidentem? ℞. regulariter contra titulô possidentem non dari. Ita *Schneid. num.* 28. *Zoës. loc. cit. num.* 4. *Schneid. hic. Manz. num.* 40. *Harp. n.* 24. *Jason, n.* 16. Ratio sola, sed solida est, quia is, qui possidet cum titulo, habet *duo* jura, *possessionem* scilicet, & *titulum*; actor autem habet *duntaxat* titulum, ergò meritò removetur, quia duo vincula fortiùs ligant, in pari causa melior est conditio possidentis, *c.* 65. *de R. J. in* 6. *Limitatur. I.* si possessor ex titulo lucrativo possideat, tunc enim melior est conditio actoris, utpote de damno vitando certantis. *Vult ejus hic. n.* 18. *Schamb. Zoës. loc. cit. Limitatur II.* si possidens habeat titulum à fure, vel ab alio,

qui rem cum vitio tenuit; titulus enim, à fure quæsitus, habetur pro non titulo. *Schneid. n.* 59. *Dubitatur*, an contra eum detur, qui titulo pro hærede possidet? Vide *Schneid. n.* 32. *Harp. n.* 25. *Chlingensp. Inst. h. t. q.* 31. *ob. Bachov. tract. de act. disp.* 3. *Th.* 21.

Quæ sint Requisita actionis Publicianæ? Ex parte actoris requiritur I. traditio, *l.* 1. *l.* 7. *ff. de Pub. in rem. act.* Ratio, quia is, qui hac actione experitur, habetur pro quasi domino: nisi autem traditio præcesserit, non est, cur pro tali habeatur? quia non nudis pactis, sed traditionibus trasferuntur rerum dominia, *l.* 20. *Cod. de pact. Gletle loc. cit. num.* 38. II. requiritur, ut traditio facta sit ex justa causa, hoc est, tituló ad transferendum dominium habili, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *d. t.* talis causa est *emptio*, *venditio*, *donatio*, *legatum*, &c. Unde *colliges*. quòd si quis mihi rem alienam *locásset*, *commodásset*, vel *oppignerasset*. & ego rem illam amitterem, mihi actio Publiciana non competeret, *l.* 13. §. 1. *ff. d. t.* quoniam isti tituli non sunt habiles ad transferendum dominium. *Manz. n.* 29. III. Ut quis rem bona fide nactus sit, *l.* 7. § *fin.* & *l.* 8. *Publ. in rem act.* in quibus legibus pro regula traditur, quod Publiciana actio locum habere nequeat, ubi præscriptio non procedit, atqui, stante malâ fide non procedit præscriptio, *c.* 2. *de R. J. in* 6. ergò *Mynsing. Inst. hic. ff. l. cit. num.* 6. IV. requiritur, ut res nondum sit usucapta, hoc enim casu competeret rei vindicatio, & actio civilis, usucapio enim tribuit dominium, prout *Lib. II. tit. VI.* diximus, *Manz. num* 36. *Mynsi. n.* 34. *Dices*: Ecclesia, civitas, respublica actionem Publicianam habet; etiam res donata, legata, vel vendita non sit, *l.* 23. *Cod. de Sacros. Eccles.* ergò traditio non requiritur. ℞. *disting. conseq.* ergò traditio non requiritur, in casibus, ub. potestate legis res habetur pro tradita; *con.* secùs *neg. conseq.* Speciale hoc est privilegium Ecclesiæ, civitati, & reipublicæ concessum, ut res eidem donata, legata, vendita habetur ipso jure pro tradita; à specialibus autem non ducitur legitimum argumentum *Chlingensp. Inst. h. t. q.* 28 *obj.* 2. *Vinn & Hop. hic.* Sanè actionem Publicianam dari inomnibus casibus, ubi ipso jure absque traditione transfertur dominium, vel quasi, nullus est, qui dubitet, *l.* 1. §. 2. *l.* 12. §. 1. *ff. h. t. Struv. Syntag. jur. civilis lib.* 6. *tit.* 2. *n.* 43. Ex parte rei in actione Publiciana requiritur I. possessio, vel detentio, hoc est, ut habeat facultatem rei restituendæ; vel ut doló desierit rem possidere, *Schneid. n.* 47. *Manz. n.* 38. II. ex parte rei conventi requiritur, ut jus infirmius habeat, quàm petitor, nam ut actor in hac actione vincat, debet niti jure potentiori; alioquin prævalere non potest; quia, si reus æquali jure munitus sit, defenditur prærogativâ possessionis, cujus in pari causa melior est conditio, *l.* 91. §. 3. *ff. de V. O.* Unde diximus *suprà* hanc actionem contra tituló possidentem non dari.

Dices: actio Publiciana nunquàm potest habere locum, ergò gratis de illa inquiritur. *Anteced. prob.* Qui actionem Publicianam intentat, malam fidem habet, novit enim, se non esse dominum, ergo sicuti is, qui malam fidem habet, non præscribit (puta de Jure *Canonico*) ita quoque is, qui malam fidem habet, actionem Publicianam intentare non potest, præcipuè, quia pauló antè circa requisita hujus actionis quasi pro regula diximus, quòd ibi locum non habeat

habeat hæc actio, ubi non procedit præscriptio ℞. tametsi is, qui actionem Publicianam movet, eatenus malam fidem habeat, quatenus intelligit, se non esse rei petitæ dominum; ea tamen propter non sequitur, actionem hanc ei denegandam esse, utpote, quæ non datur ad hoc, ut verum dominum rei dominiô privet; sed ad hoc, ut is, qui infirmius jus possidendi habet, rem restituat ei, qui plus juris habet, & ab hoc possideatur donec in notitiam veri domini perveniatur. Qui ergò hanc actionem intentat, intelligit quidem, se dominum non esse; non tamen scit verum dominum, adeòque hoc tantùm intendit, ut, cùm de vero domino non constet, saltem sibi res restituatur in qua plus juris habet quàm alter, qui possidet. *Schneid. Inst. hic. n.* 59. Deinde, illa *Regula* de *præscriptione* procedit *affirmativè*, hoc est, locum habet præscriptio; ergò etiam publiciana, non autem *negativè* veluti præscriptio locum non habet, ergò neque Publiciana, *Schneid. n.* 57.

Ad quid detur actio Publiciana? Datur ad hoc, ut quis declaretur quasi dominus, & res restituatur una cum fructibus, & expensis. *Manz. n.* 41. 42. & *seqq.*

§. RURSUS. 5.

Secunda actio Prætoria vocatur actio *rescissoria*, vel *restitutoria*; cujus est iste *Casus*, Perdidi meum horologium, idque invenit Cornelius, &, ignarus
38 ad quem spectaret, vendidit Sulpitio. Posteà Sulpitius legationem, Reipublicæ causa, suscepit, & à Principe suo ad regem Hispaniæ, tamquam Ambasciator, missus est, meumque horologium, bona fide emptum, secum tulit, atque per triennium abfuit. Cùm autem reverteretur, vidi apud ipsum horologium meum, quod peto mihi restitui. Sulpitius recusat. Consurgit *Quæstio*, quomodo mihi adversus Sulpitium consultum sit? Certum est, quod inspectô jure civili, nulla mihi competat actio. Ratio, quia Sulpitius horologium, utpote rem mobilem trienniô præscripsit *l. un. Cod. de usucap. transform.* adeòque Sulpitius meam actionem per exceptionem præscriptionis elideret, illudque mihi solatii remaneret, quod sancitum in *l.* 23. & *l.* 112. *ff. de R. J.* puta, quòd actionem nullam habere videatur, qui perpetuâ exceptione à limine judicii repelli potest. *Manz. n.* 5. Verùm, cùm absentia alterius nulli debeat esse præjudiciosa, *l.* 140. *ff. de R. J.* Ideò Prætor, *æquitate* motus, actionem *rescissoriam* induxit, quâ imploro officium judicis nobile, ut me in integrum restituat, usucapionem rescindat; & me ad agendum pro meo horologio, perinde admittat, ac si usu capta non esset. *Manz. n.* 6.

Hic *observa*, vehementer inter se collidi *DD.* an in actione rescissoria duplex detur remedium, *rescindens*, & *rescissorium*, an unum duntaxat; Sunt, qui duplex statuant remedium, *rescindens*, & *rescissorium*. Rescindens (*contendunt*) illud esse, quando Prætor, imploratus à læso, rescindit usucapionem, & removet omne obstaculum, per quod actor ab intentanda actione impediatur. Rescissorium vocant illud, quod competit, rescissô obstaculô per remedium rescindens, & hoc remedium rescissorium est ipsa actio rescissoria, quæ post rescissam usucapionem competit. *Manz. n.* 2. & *Zoës. hic.*

Sunt alii qui statuant judicium res- 39
cindens, & rescissorium esse quidem duo diversa, uno tamen actu expediri, adeò que non opus esse duplici libello, duplici pronuntiatione sententiæ, &c. sed in uno libello, in una litis contestatione, &

& sententiâ totum judicium expediri posse. Ita *Zoës. ff. de minor. n.* 60. *Cujac. lib.* 7. *obj.* 31. Imò *Harp. Inst. hic. n.*7. constanter asserit, ita se rem habere, ut, cum à Magistratu redditur hæc actio rescissoria, tacitè, & re ipsa simul quoque usucapio rescindatur, *l.* 28. *Cod. de postlimin. reverf. l.*9 *ff. quod met. cauf.* Verùm, ut fit, ista disceptatio de jure duntaxat veteri procedit.

40 Aliud obtinet de jure novo, quod pro tua utilitate, ut perspicuè intelligas, *Nota*, Quòd de jure *novo* (saltem *Austriaco*) restitutionem in integrum solus Princeps impertiri possit, adeòque pro ipsius concessione solus ille implorandus sit. Ita *D. Joan. Henr. Reuter in suis different. jur. civil. & Austr. tab.* 14.*n.*98. Concordat *Walter de jure consuet. Austr. lib.* 1. *tit.* 37. in illis verbis. *Wievvohlen die* restitutio in integrum, *darumben vvir vielfaltig angelanget vverden, ein vvüszliches Regal, auch unserem Herren, und Lands-Fürsten aus habender Macht ohne Mittel zustehet, &c.* Vide etiam *Fünstervvald. lib.* 1. *obs.* 94. *n.* 4. & præcipuè *Sutting. obs.* 102. Itaque in præmisso casu debeo ac-

41 cedere principem, eique supplicare, ut me restituat in integrum, & usu-capionem rescindat. Ubi tamen *Nota*, quod notandum monet *Sutting. loc. cit.* nimirum advocatum, qui restitutionem in integrum petit, impensè debere considerare sequentia. I. num non competat remedium ordinarium, per quod læsio emendari possit? habitò enim remediò ordinariò, non est excurrendum ad extraordinarium, *l.* 16. *ff. de Minor.* Unde pendente appellatione, restitutio in integrum non petenda. *Walter loc. cit. in hangenden* appellations-*Sachen* &c. i. e. *Pendente appellatione nemo a rebus conventis restitutionem impetrare debet: non enim concurrere & cumulari possunt remedia ordinaria & extraordinaria.* II. num *causa* sit *sufficiens*, ob quam quis petit, se restitui in integrum? qualis est *minorennitas, persona miserabilis, metus, dolus, absentia necessaria, & probabilis.* Cæterùm, læsio minima attendi non solet. *Suting. loc. cit. n.* 7. his verbis: *Wann nun das Gericht* &c. i. e. *Cum judex super meritis causæ, nullas videt novas rationes restituendi in integrum: qui restitutionem petit ex prætoriis causula: si qua justa causa mihi videbitur: leve ex ea præsidium habet.* III. num restitutionem petens læsionem legitimè probaverit? restitutio enim non, nisi læsionis gratiâ conceditur. Unde ca- 42
veant advocati, patrocinantes implorantibus restitutionem in integrum, ne libellum offerant absque expressione læsionis, sive causæ, ob quam clientes in integrum restitui velint. *Sutting. n.*4. *Carpzov. jurif-* 43
prudent. foren. p. 1. *const.* 16. *definit.* 23. *num.* 1. IV. num restitutio intra legitimum tempus petatur? *Sutting. n.* 5. Tempus autem petendæ restitutionis est quadriennium continuum tam de jure communi, *l. fin. Cod. de temp. in integr. restit.* quàm de Jure Austriacò. *Reuter loc. cit. n.* 99. Quod minorennibus de jure communi incipit currere finitâ demum minori ætate, id est, ab initio anni vigesimi sexti. De jure autem Austriaco ab initio anni vigesimi tertii, juxta dicta *ad Tit. XXII. lib. I.* Aliis verò à die cessantis absentiæ, aut alterius impedimenti, *l. fin. Cod. de temp. & in integ. restit. Reute. cit. num.* 99. *Jason.* verò in *auth. Quas actiones. Cod. de SS. Eccles. & Fünstervvald. lib.* 1. *obs.* 105. *n.* 1. generaliter à tempore scientiæ currere, docent.

Sed, ain, qui sequitur, si præmissa concurrant? tunc advocatus rectè petit, ut à principe restitutio in integrum concedatur, & in hunc finem porrigendus

dus est principi libellus supplex, quem deinde princeps remittit ad judicem ordinarium ejus, contra quem petitur restitutio, ut ei communicetur ad respondendum; habitô responsô, id ad principem remittitur, &, si principi æquum, justùmve videatur, restituit læsum ex absentia in integrum; causa verò principalis, num videlicet in casu polito horologium meum sit, nec ne? cognoscenda relinquitur judici ordinario. Ita *Sutting. obs.* 102. *n.* 1. his verbis: *Wann eine Parthey* &c. i. e. *Cùm alter contendentium restitutionem petit à principe, à quo ea ex provinciæ consuetudine petenda est: tunc exigit princeps responsum (bericht und gutachten) per consilium regiminis, a judice ordinario (Land-marschallischen gericht); hic vero ab altera parte (von dem gegentheil) responsum capit, ac pergit juxta ordinationem agere, ut in responso ad principem consulen-*
44 *tem remittendo fieri solet.*

Dubitatur, intra quale tempus intentari debeat actio rescissoria, & quamdiu durct? R. I. ad primam partem, inspectô Jure communi, intra illud tempus intentandam esse actionem rescissoriam, ad quod læsus restitutus est, ùt, si ad 10. dies, restitutus sit intrà illos, si ad annum, intra annum, *l. ult. Cod. de temporib. restit.* & *l.* 26. §. 8 *ff. ex quib. caus. major.* R. II. ad secundam partem, durare uno annô utili, *text. hic. Schneid. n.* 76. & *Schamb. hic.* V. *Q.*

De jure *Austriaco* restitutioni finiendæ certus terminus non est præscriptus. *Sonderen es pfleget* &c. i. e. *Verùm, cùm pars adversa in mora est, respondendi super petenda restitutione tunc qui petiit, solet adversarium ad id compellere per ordinarias litteras compulsorias, adhibitâ demùm clausula hac comminatoriâ: nisi responsum circà petitam restitutionem ab adversario brevi fiat propter moram ab ipso judice ex officio conceptum, ad regimen aulicum remissum iri. Ubi autem ipse restitutionis petitor negotium haud prosequitur; pars adversa, cùm possit sententiam contrà eum latam, aliave judicis decreta, ex juris ordine persequi, eo pacto potest eum, qui restitutionem petebat, ad continuationem adigere. Sed intrà quod tempus remittendum sit responsum illud, quod de ipso regimine aulico, & per hoc de primæ instantiæ judice requiritur; id jam diximus haud esse definitum, nec terminum esse constitutum; quin, multæ sunt causæ cur id definire, penè impossibile sit.* 45

Quid sit actio rescissoria. Definitur, quòd sit actio *Prætoria*, *qua, rescissâ usucapione, agitur ad rem à possessore usucaptam, quasi nunquam usucapta sit.* 46

Q. An *realis* sit, an *personalis* R. talem esse, qualis fuit actio, per præscriptionem amissa, ita, ut si illa realis fuerit, & hæc realis erit. Si personalis, hæc quoque talis erit; hæc enim actio non est propria actionis species, sed solùm qualitas adjectitia actionis amissæ, & hinc, si ante usucapionem mihi competierit actio realis, etiam actio rescissoria erit. Contra, si prior actio personalis fuerit, etiam hæc personalis erit. Ut ecce; Titius mihi vendidit ædes suas, & nondum tradidit. Ego posteà, Reipublicæ causâ, 30. annis abesse cæpi, ita, ut act o ex empto per præscriptionem extincta sit. Hoc in casu ex legatione redux supplico principi, ut præscriptionem rescindat; & pristinam actionem mihi restituat, quæ deinde vocabitur actio personalis ex empto rescissoria. *Schneid. n.* 9. *à Sommeting. Inst. h. t. n.* 59. 47

Cui competat, & contra quem? Cùm actio rescissoria, ob illatam ex absentia læsio-

læsionem, detur; non omnis autem sufficiat absentia, ideò videndum, qualis requiratur absentia Ubi. *Observa* V. dari absentiæ species. I. est absentia necessaria, & probabilis simul: tali absentiâ abesse dicitur, qui, ægritudinis causâ, abest, *l. 60. ff. de re jud.* Item, qui Reipublicæ causa, abest, fortè, quia degit in militia, vel legatione fungitur, *l. 1. ff ex quib. cauf. major.* & *l. 45. ff. eod. Brunn. ibid.* II. est absentia probabilis tantùm, hâc sententiâ abesse dicitur, qui abest, studiorum causâ, *l. 87. ff. de legat.* III. est absentia necessaria tantùm, qualis in eo datur, qui abest, delicti causa, fortè, quia, relegatus est, vel quia, metu criminis, fugam cœpit, *l. 10. ff. ex quibus cauf. major.* vel, quia sine decore in publico comparere non audet. *Brun. ind. l. 10. n. 2.* IV. absentia est voluntaria sine contumacia, qualis est in mercatoribus, qui vadunt ad nundinas, *arg. l. 36. ff. eod. Brunn. ibid.* V. absentia est voluntaria cum contumacia, hac abesse dicitur, qui, citatus ad judicem, contumaciter non compret, *l. 23. ff. de jud.* pulchrè *Schneid. Inst. hic. n. 22.*

His prælibatis I. datur actio rescissoria præsenti contra absentem, quacunque absentiâ quis abfuerit: *text. hic.* ubi actio rescissoria datur contra eum, qui Reipublicæ causa abfuit, ut proinde multò magis contra illum dabitur, qui alia ex causa abfuit, *Ratio* hujus est, quia absentia unius alteri non debet esse præjudiciosa, præcipuè quòd præsenti nulla culpa, aut negligentia imputari possit. *Manz. num. 23. Schneid. num. 24. Limitatur* ut dicta *conclusio* procedat; nisi absens reliquerit domi procuratorê, quem præsens convenire, atque ita remediò ordinariò, convenire, atque ita remediò ordinario uti potuisset, text. in *l. 22. §. 2. ff. ex quib. cauf. major. Schneid. num. Brunn. in d. l. 21. n. 2.*

Dices, non valenti agere, non currit præscriptio, *l. 1. §. fin. de annal. Except.* Sed præsens contra absentem non potest agere, ergò contra illum non currit præscriptio, consequenter nulla opus est restitutione. ℞. *l. 1. §. fin.* procedere de eo, qui non potest agere; ob aliquod impedimentum juris, sicut filius. fam. durante potestate patriâ, bona adventitia à patre alienata, revocare, aut eo, nomine agere non potest. Jus enim civile patri jus agendi concedit, *l. 6. §. 2. Cod. de bon. quæ lib.* Secùs est in eo, qui ob impedimentum facti; agere non potest, qualis est præsens respectu absentis. *Harp. num. 14. Inst. hic.*

Datur II. actio rescissoria absenti contra præsentem, qui rem absentis usucepit, *l. 1. §. 2. ff. d. t.* Modò autem absens quis fuerit absentiâ necessariâ, & probabili simul, *d. l. 1. §. 2.* vel absentiâ probabili tantùm, *l. 28. ff. d. t.* Illis enim, qui ex causa voluntaria, vel necessaria tantùm abfuerunt, actio rescissoria nullo modò accommodatur. *Schneid. num. 34. Manz. n. 24. & 25. Mynsing. num. 25.* Ratio prioris est: quia absentia, Reipublicæ causa, nemini debet esse damnosa, *l. 140. ff. de R. J.* Ratio posterioris, quia, necessariò absens ex delicto non debet sperare lucrum, *c. 7. X de jud. & c. 9. X de dolo* absens verò voluntariè sibi debet imputare, quòd domi procuratorem non constituerit, vel suis negotiis ipse non attenderit, *dd. AA. loc. cit.*

III. Datur actio rescissoria absenti contra absentem per *text. l. ult. ff. ex quib. cauf. major. Brunn. ibid. Menoch. lib. 4. præsumpt. 189. n. 124.*

Non *obstat*, quòd privilegiatus non utatur privilegiò contra æquè privilegiatum, *arg. l. Assiduis. 12. Cod. qui pot. in pig.* ℞. enim I. quod hoc procedat,

cedat, si diversa, non verò, si paria sint privilegia, prout diximus *Lib. I. tit. II. n.* 41. R. 2. *neg.* præscribentem esse privilegiatum, quia non sola absentia, sed etiam læsio causat hoc privilegium, & actionem rescissoriam; præscribens autem læsus non est. *Schneid. n.* 47.

49 *Ad quid competat?* Cùm hæc actio aliquando sit *realis*, aliquando vero *personalis*, pro qualitate actionis, per præscriptionem extinctæ, & per restitutionem resuscitatæ. Ideò in reali competit ad declarationem dominii, vel juris, quod actor circa rem prætendit. In personali ad damnum, vel faciendum id, ad quod reus se obligavit. *Schneid. n.* 22.

§. Item, si quis. 6.

III. Actio Prætoria, est actio *Pauliana*, qua revocatur res, in fraudem creditorum alienatæ.

50 Casus *Actionis Paulianæ*: Sempronius mihi debet ex causa mutui 200. fl. quos se in festo S. Michaelis soluturum, adspondit. Ego, finito solutionis termino, Sempronium interpellavi, quatenus me solveret. Ille recusat, &, cùm adverteret, me actionem intentaturum, scyphum aureum, quem fortè solum adhuc in tota sua substantia habuit, alienat, & pecunias, inde redactas ideò dissipat, ut nihil de debito meo consequerer. Q. quomodo mihi in simili casu consultum sit? *Certum* est, quòd contra Sempronium, debitorem meum incassùm agerem, siquidem inanis est actio, quam inopia debitoris excludit, *l.* 6. *ff. de dolo malo.* &, tametsi ad pœnam possem agere, *l. fin.* §. *fin. ff. si quid in fraud. credit.* id tamen minùs arridet mihi, cùm parùm utilitatis exinde feram, quòd Sempronius mancipetur carceri.

Ideò Q. an non aliud remedium suppetat, quo meæ indemnitati valeam consulere? Res. suppetere remedium actionis *Paulianæ*, à prætore ideò introductæ, ne fraudulenta alienatio creditori mihi noceat, per quam actionem revoco scyphum, à debitore in fraudem meam alienatum; à quocumque possessore, perinde, ac si alienatio, & traditio, à debitore facta nunquam fuisset. *Manz. n.* 7. *Schneid. n.* 13. & *text. hic.* Unde patet.

Quid sit actio Pauliana; definitur enim, 51 quòd sit actio prætoria, qua creditores revocant id, quod per debitores in fraudem creditorum alienatum, & traditum est, perinde, ac si alienatio, & traditio nunquam facta fuisset, *text. hic.* & *in l.* 1. *Cod. de revocand. iis, quæ in fraud. Chlingensp. Inst. hic. q.* 36.

Pro quibus rebus competat? Sic *statuo*: 52 per actionem Paulianam revocari possunt res non tantùm *mobiles*, & *immobiles*, in fraudem creditorum alienatæ; sed etiam *incorporales*, veluti, si debitor utilitatem *usufructus*, vel aliam *servitutem*, aut Jus *venandi*, *piscandi*, *collectandi*, &c. in fraudem creditorum alienaverit, pecuniasque, inde redactas dissipaverit, *Schneid. n.* 17. Alienare autem in fraudem creditorum dicitur non tantùm ille, qui *vendit*, *donat*, &c. sed etiam, quando alio quodam modo patrimonium suum *diminuit*, v. g. qui rem pro *derelicto* habet, ut alius eam occupet, qui debitorem suum liberat per *acceptilationem*, vel pactum de *non petendo*. Item, qui litem mori, id est, in causa *appellationis*, *fatalia*, labi patitur; vel rem *hypothecæ*, supponit; aut *feudalem* facit, &c. *l.* 3. *l.* 4. *ff. quæ in fraud. cred. Brunn. ibid. Zoes. n.* 7. *Perez. ad Cod. de revocand. quæ in fraud. Cred. n.* 8.

Dubitatur, an ille etiam in fraudem credi-

creditorum alienare dicatur, qui, dum potest, non acquirit, v. g. *hæreditatem* delatam, vel *legatum* relictum repudiat? ℞. negativè per *l. 6. ff. d. t.* ubi dicitur, quòd hæc actio ad diminuentes patrimonium suum pertineat, non verò ad eos, qui id agunt, ne locupletentur; atqui ille, qui non acquirit, dum potest, non dicitur diminuere patrimonium, sed duntaxat illud non augere. *Perez. loc. cit. n. 18. Schneid. n. 20.*

53 Non obstat, *l. 45 ff. de jure Fisci.* Ubi *Paulus* respondit, si quid in fraudem fisci quæsitum, seu acquisitum non sit, revocari. Etenim id singulare privilegium est in fisco, quod ad alios non spectat; *Harp. n. 12.*

Urges: Id etiam, quod acquiri potuit, si non sit acquisitum, non videtur in fraudem fisci factum, *l. 26. ff. de jure fisci.* Vide *Perez. loc. cit. n. 14. Zoes. ff. quæ in fraud. cred. n. 9. Brunn. in d. l. 26.*

54 *Quibus competat?* Competit actio Pauliana omnibus creditoribus, in quorum fraudem alienatio facta est, eorumque successoribus, *l. 10. ff. quæ in fraud. credit.* Nec refert, sive ex contractu, sive ex quasi-contractu: sive ex delicto, sive ex quasi delicto: sive purè, sive in diem, sive sub conditione debeatur; hi enim omnes, nomine creditorum, comprehendi intelliguntur, *l. 10. l. 11. & 12. ff. de R. V. Schneid. n. 22. & seqq.*

55 *Contra quos competat?* Antequam *definiamus*, contra quos hæc actio Pauliana detur? *Observa*, Titulum alium esse *onerosum*, alium *lucrativum*. Titulus onerosus est quando res pervenit ad aliquem cum onere *dandi vel faciendi*, talis est titulus *Emptionis Venditionis Permutationis*, &c. Titulus lucrativus est, quando res ad aliquem pervenit sine onere & gravamine, aliquid dandi, vel faciendi, talis est titulus *Donati*, *Legati*, &c. *Schneid. n. 31. Manz. n. 29.* His præmissis ℞. actionem Paulianam competere contra omnes illos, in quos bona in fraudem creditorum translata sunt, eorumque successores, eatenus saltem, quatenus ad eos aliquid pervenit, *l. 10. §. 1. l. 11. ff. quæ in fraud. cred. Glettle Inst. h. t. n. 61.*

Multum tamen *refert*, an is in quem 56 facta est *alienatio*, rem titulo *lucrativo*: an *oneroso* possideat? Enim verò, si rem titulo oneroso possideat, actione Pauliana tunc demum tenetur quando utriusque, id est tam *alienantis*, quàm *accipientis* fraus, & dolus intervenit, *l. 10. §. 1. & 2. ff. d. t.* ubi disertè cavetur, quòd is, qui titulo oneroso rem recipit, non sit particeps fraudis, & hac actione non teneatur. Si verò titulo lucrativo rem in fraudem creditorum alienatam, quis possideat revocatoria actione tenetur, etiam si fraudis particeps non fuerit, *l. 6. §. 11. ff. d. t.* Ratio *differentiæ* est, quia is, qui titulo oneroso possidet, certat de damno vitando; qui verò titulo lucrativo possidet, certat de lucro captando.

Non mirum ergò quod contra illum non detur actio Pauliana, quia in pari causa melior est conditio possidentis, *l. 2. ff. uti possid.* benè verò detur contra hunc, quia melior est conditio certantis de damno vitando, quam de lucro captando. *Manz. n. 20. Harp. n. 14.* Concord. *Walter de jure consuet. Aust. lib. 2. tit. 8. per tot.*

Quæ requirantur? Ut actio *Pauliana* 57 competat, plura concurrant, necesse est, I. alienatio fraudulenta, hoc est, in fraudem & præjudicium creditorum facta, *l. 10. §. 1. ff. d. t.*

Q. Qualis fraus requiratur? *Observa*, 58 Fraudem esse *duplicem*, aliam *consilii*, aliam *eventus*. Fraus consilii illa dicitur, quæ

ex doloso decipiendi & fraudandi animo, & proposito descendit. Fraus eventus est quæ non descendit ex doloso, & fraudulento animo, sed defraudat citra animum dolosum. Talem fraudem committit, qui credit, se, non obstante alienatione, tamen solvendo esse. *P. Konig. lib. decret. tit.* 14. *p.* 1. *n.* 3. *S.hamb.*
59 *in l. qu. quib. ex caus. manumitt.* His positis. R. *disting.* esse inter alienationem, quæ fit per actum *ultimæ voluntatis*, & illam, quæ fit per actum inter *vivos*. Si alienatio facta sit per actum ultimæ voluntatis, v. g. *legatum*, *fidei commissum*, *donationem mortis causa*, &c. tunc sufficit sola fraus eventus *l.* 1. §. 1. *ff. si quid in fraud. patron.* Ratio, quia, taliter relicta, non antè debentur, quàm, deducto omni ære alieno, *l.* 1. §. 7. *ff. ad SC. Trebell.* Si proinde debitoris bona expungendis debitis non sufficiant, legata rediguntur ad nihilum, utpote, quæ non debentur, nisi ære alieno deducto, *d. l.* 1. §. 7. *Perez. ad Cod. de revocand. quæ in fraud. cred. Manz. n.*27. *Schneid. n.* 55. *Zoes. ff. quæ in fraud. credit. n.* 12. Si alienatio facta sit inter vivos, tunc requiritur fraus consilii, & eventus: *Consilii*, quia actio Pauliana propter fraudem debitoris introducta est, *d. l.* 10. §. 1. cessante ergò fraude cessat actio. Unde si debitor non per fraudem, sive titulo onerosa, sive lucrativo bona sua alienaverit & crediderit, se, non obstante alienatione, solvendo esse, *Pauliana* non competit *Manz. n.* 25. *Schneid. n.* 15. Ratio, quia cuilibet licet rem suam alienare, dummodò fraude careat & sæpe de facultatibus suis ampliùs sperant homines, quàm in iis est. *Hann. ad Treut. vol.* 2. *disp.* 24. *th.* 5. *q.* 35. *v. Datur. pag.* 503. *Brunnem* in *l.* 10. *ff. quæ in fraud. credit. n.* 3 ubi ait, ad ponendam Paulianam actionem nec fraudem eventus sine consilio, nec fraudem consilii sine eventu sufficere. Ita *docent* præallegati *DD.* const inter tenentes, creditoribus actionem *Paulianam* non competere, si debitor non habuerit fraudem consilii, sive deinde accipiens titulo oneroso, sive titulo lucrativo rem possideat. Verùm (salvo meliùs sentientium Judicio) mihi non Theoriæ, sed æquitatis rationi consonum videtur, etiam in actibus inter vivos solam fraudem eventus sufficere ad hoc, ut creditoribus actio *Pauliana* contra illos detur, qui à debitore, etiam fraudis non participe, titulo lucrativo rem acceperunt, eò quòd semper sit melior conditio creditorum, de damno vitando certantium, quàm illius, qui titulo non possidet, utpote certantis de lucro captando. Fraus *Eventus* requiritur, quia alias non habet, quòd conqueratur creditor, cui regressus vacat in aliis bonis *Auth. allegat.* Cæterum, an in ista fraus ex parte tam alienantis, quàm accipientis desideretur, paulò *ante* decisum est. Cùm verò fraus non præsumatur, sed probari debeat ab actore, ideò quomodo probetur? vide *Schneid. n.*69. *Mascard. de prob. vol.* 2. *concl.* 815. *Menoch. lib. præsumpt.* 2. *à num.* 42. *usque ad. n.* 114.

II. ad actionem *Paulianam* requiritur ut priùs excutiatur debitor, & hic inveniatur non solvendo, *l.* 1. *Cod. d. t.* Ratio viva est, quia ad hoc, ut actio Pauliana intentari possit, requiritur, ut constet, creditores esse damnificatos: atqui non potest constare, eos esse damnificatos, nisi priùs excutiant bona debitoris, ergò *Schneid. n.* 59. *Perez. ad Cod. d. t. n.* 7. *Brunn. in d. l.* 1. Concord. *N. O. consuetud. lib.* 2. *tit.* 8. *Zum dritten* ... i. e. *Tertiò*, *possunt alienata bona tunc demùm revocari*, *cùm sentiunt ex ea creditores læsionem damnumque*, *ita ut ipsis* 60

ratione crediti sui non plenè satisfieri queat Cum verò debitor, etsi dolosa facta sit alienatio, nihilominus solvendo est, habetque quo ceteris creditoribus suis satisfiat; tunc locum non habet revocatio; siquidem creditorum non interest.

III. Requiritur, ut creditores, alienationem debitoris ignoraverint. *Walter de Jure consuetud. lib. 2. tit.* 8. *Zum anderen....* i. e. *Deinde, locus revocationi est, cùm creditoribus inscìis alienatio est facta: cùm enim eam hi compertam habuere, nec intercesserunt, aut contrahenti quicquam adversus eam significarunt; tunc non possunt revocationem petere.*

61 *Quando proponenda sit*? Actio Pauliana intra annum utilem intentanda est, *l.* 1. *l.* 10. *ff. quæ in fraud. credit.* Ratio, quia hæc actio est *Pratoria*; remedia autem Prætoria plerumque sunt annalia, *Schneid. num.* 80. *Manz. numero.* 3.

62 Sed ain, à quo tempore currit annus iste? Sunt, qui doceant, annum currere à tempore alienationis, factæ à debitore. Ita *Wesenb.* in *Paratit. d. t. numero* 12.

Moventur I. per *l. ult. ff. eod.* ubi in hæc verba rescribitur: *Hujus actionis Annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factæ venditionis.*

Moventur II. per *l.* 20. §. 18. *ff. eod.* his verbis: *annus hujus in factum actionis computatur ex die venditionis bonorum.*

Ast communior est, & longè verisimilior sententia, quæ docet, annum utilem currere à die factæ excussionis. Ita *Hunold. tr. de J. & J. tom.* 5. *tract.* 2. *cap.* 2. *conf.* 3. *num.* 174. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 24 *th.* 5. *lit. F. Perez. ad Cod. de revoc. his, quæ, &c. n.* 3. *Schneid. num.* 83. *Mynf. Bargal. de dolo, & culpa lib.* 5. *cap.* 8. *num.* 24. *Brunnem in d. l.* 10. §. 18. *n.* 27. *Schamb. hic, in fine.* Facit I. pro hac sententia, *l.* 1. *ff. quæ in fraud. credit.* ubi dicitur, quòd annus utilis incipiat currere à tempore, quo experiundi potestas fuerit; atqui ante excussionem debitoris non est experiundi potestas, *l.* 1. *Cod. d. t.* ergò.

Facit II. hæc ratio, quia non valenti agere non currit præscriptio, *l.* 1. *Cod. de annal. except.* sed ante excussionem debitoris contra bonorum possessores non potest agi, *d. l.* 1. & nos paulò *ante* v. 2. ergò Concord. *Walt. de Jure consuet. Austr. loc. cit.* in illis verbis: *Von dato ihrer Wissenheit an zu raitten*; atqui creditores non possunt scire, in suam fraudem à debitore bona alienata esse, nisi facta sit excussio, opinari enim possunt, non obstante alienatione, debitorem adhuc solvendo esse. At *textus oppositus*, R. illos non sic esse interpretandos, quasi annus computaretur à die venditionis, factæ à debitore; sed à die venditionis bonorum, factæ à creditoribus ex decreto prætoris, ut sensus sit, actio Pauliana incipit currere ab illo tempore, quo debitoris bona authoritate Judicis vendita sunt, & constat, ea expungendis debitis non sufficere. *Perez. & Bach. loc. cit.* Ex *dictis* habes, actionem *Paulianam* duntaxat esse *annalem*; hæc tamen *conclusio* patitur duas notabiles *Limitationes*. I. est in rebus incorporalibus, sive in actionibus, veluti, si debitor in fraudem creditoris debitorem suum liberasset, quo casu creditori, ad revocandam illam liberationem, tantum tempus datur, quantum actio illa debitoris durasset, *l.* 10. §. 23. *ff. eod.* II. est in alienatione, facta ex causa lucrativa, illud enim, quod ex causa lucrativa ad possessorem perpetuò hoc

hoc est, intra 30. annos, revocari potest, *d. l.* 10. §. 24. *Brunn. ibid. Schneid. n.* 81. & *Carpzov. p.* 2. *const. definit.* 20. *n.* 3.

63 *Ad quid competat*? Actio *Pauliana* datur, ut res, in fraudem creditorum alienatæ, etiam, non refuso pretio, *l.* 7. *ff. eod.* una cum fructibus restituantur, *l.* 10. §. 20. *ff. h. t.* & *l.* 38. *ff. de usuris.*

64 Sed, quales fructus sunt restituendi? Dicendum videtur, omnes indistinctè fructus restituendos esse, *arg.* §. 35. *Inst. de R. D.* & *l.* 22. *Cod. de R. V.* ubi dicitur quòd malæ fidei-possessor universos fructus teneatur restituere; atqui is, qui fraudis particeps, à debitore emit, est utique malæ fidei possessor: ergò.

Verùm, hoc non obstante, communiter obtinet, illos duntaxat fructus esse restituendos, qui tempore alienationis terræ cohæserunt, & , qui post inchoatum judicium percepti sunt. Illos verò, qui medio tempore, quod intercessit inter alienationem, & litis contestationem, percepti sunt, in restitutionem non venire. Ita apertè sancit *text. l. ult.* §. 4. *ff. quæ in fraud. credit.*

Non *obstat* dubitandi ratio, aliud enim est in rei vindicatione, in qua de *domino* quæritur, aliud in revocatoria, seu Pauliana actione, quæ tantùm rei alienatæ *traditionem* rescindit. In illa enim fructus omnes restituuntur à malæ fidei possessore, qui sciens rem alienam tenuit, ejusque fructus percepit, *d. l.* 22. In hac verò tantùm agitur ad restituendum id, quod in bonis debitoris fuit, & in fraudem creditoris alienatum est, *d. l. ult.* §. 4. Sed fructus, medio tempore percepti in bonis debitoris nunquam fuerunt, utpote percepti post translatum à debitore dominium *Zoes. ff. Quæ in fraud credit. Perez. l. cit. n.* 15.

Urges in actione Pauliana omnia revocantur, perinde, ac si nulla alienatio facta esset, per *differt. text. l.* 10 §. 22. *ff. d. t.* ergò restituendi quoque sunt fructus, medio tempore percepti; alias enim non omnia reponerentur in pristinum statum. *d. l.* 10. §. 22. intelligendam esse secundùm *l. ult.* §. 4. ut nimirum nulla alienatio censeatur facta respectu fructuum, qui tempore alienationis terræ cohæserant, & post litis contestationem percepti sunt. Ita *Bartol. ad d. l. fin. Zoes.* & *Perez. loc. cit.* rationem, more suo subtilem, reddit *Bachov. ad Treutl. l.* 2. *disp.* 24. *th.* 5. *lit. E.* quia nimirum Prætor succurrere voluit creditoribus cum nimia injuria eorum, qui à debitore emerunt, & satis putavit esse, si creditores rem recuperarent, quæ à debitore alienata fuit; qualis alienatio fructuum, medio tempore perceptorum, facta fuisse, dici non potest, eò quod debitoris non fuerint.

Instabis ex *l.* 10. §. 20. *ff. eod.* ubi etiam fructus percipiendi restitui jubentur ergò multò magis fructus, medio tempore percepti. ℞. *d. l.* 10 §. 20. esse intelligendam de illis fructibus, qui percipi poterant post litem contestatam, vel de terræ cohærentibus tempore alienationis, *Brunn. in d. l.* 10. §. 20.

§. Item Serviana. 7. de actione Serviana, & quasi Serviana.

IV. Actio Prætoria est Serviana, à *Servio* Prætore talis dicta. *Myn. n.* 10. 65 pro cujus meliori cognitione. *Nota*, Pignus aliud esse *expressum*; aliud *tacitum*. Illud est, quod expressa conventione partium constituitur; putà, si debitor, & creditor expresse conveniant de rei in securitatem creditoris oppignoratione. Hoc est, quod, partibus etiam tacentibus, absque expressa conventione ex disposi-

tione legis constituitur. Sic bona *tutorum*, & *curatorum* tacitè *pupillis*, & *minoribus* pro *administratione tutelæ*, vel *curatelæ* hypothecata sunt, *l.* 20. *ff. de administ. tut.* Item *bona mariti* tacitè sunt oppignerata *uxori* pro *dote l.* 1. §. 1. *Cod. de rei uxor. act.* Pariter, qui in *reficiendam domum* pecunias credidit, tacitè habet domum sibi hypothecatam, *l.* 1. *ff. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contrah.* Item *locatori* pro *annua pensione* omnia *illata*, & *invecta à conductore* tacitè obligata sunt, *text. apert.* in *l.* 2. & 4. *ff. d. t.* & hoc quoad locatorem prædii urbani, sine altercatione procedit, ita, ut omnes admittant, ea, quæ in prædium urbanum illata, & invecta sunt, locatori esse obligata, sive ignorante locatore, illata & invecta sint.

66 Sed Q. *an idem procedat in illatis, & invectis in prædium rusticum?* Sunt viri non infimæ authoritatis, qui mordicùs propugnent, ea, quæ in prædium *rusticum* illata, & invecta sunt, puta, *aratra, ligones, &c.* non aliter pignori obligari quàm per expressam partium conventionem de pignore interpositam. Ita *Menoch. de adipiscend. remed.* 3. *q.* 4. *n.* 33. *Bachov. tract. de act. disp. th.* 34. *Arumæ. exercit.* 18. *th.* 7. *Vinn. Inst. hic. num.* 8. *Harp. num.* 12. *Zoes. ff. in quib. caus. tacit. &c. num.* 2. *Schamb. hic.* Moventur I. *arg. l.* 4. *ff. de pact.* ubi cautum est in prædium urbanum illata, & invecta pignori obligata esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, ergò illata in prædium rusticum non erunt pignori obligata, nisi nominatim conventum sit.

Moventur II. per *l.* 4. *ff. in quib. caus. tacit pig.* his verbis: *eo jure utimur, ut, quæ in prædia urbana inducta, & illata sunt, pignori esse, credantur, quasi id tacitè convenerit in rusticis prædiis* NB. *contra observatur.*

Moventur III. hac potissimum ratione, quia (*dicunt*) locatori prædii rustici fructus tacitè obligari, *l.* 7. *ff. eod.* ut proinde per hos ei sufficienter prospectum, consultùmve sit. Secus autem se habeat in prædiis urbanis, utpote in quibus nulli alii sunt fructus præter ipsam pensionem annuam, ut proinde necesse fuerit, locatori per illata, & invecta providere, cui alias pro pensione annua in nihilo provisum foret.

Sed, Tametsi hæc *sententia*, veritatis specie fulgeat, suisque non sit destituta fundamentis; *communiori* tamen *DD.* calculo obtinuit, ad hoc, ut illata, & invecta in prædium rusticum locatori pignori obligentur, expressa partium conventione non opus esse; sed sufficere scientiam, & voluntatem domini. Ita tenent *Schneid. num.* 15. *Inst. hic. Neguzant. de pignor. p.* 2. *memb.* 4. *num.* 145. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 25. *th.* 2. *q.* 32. *Sichard. ad l. Certi* 5. *Cod. de locat.* Pro hac sententia facit I. *l.* 3. *ff. in quib. caus. tacit.* his verbis: *Si horreum conductum fuit, vel diversorium, vel area, tacitam conventionem de invectis, & illatis etiam in his locum habere, putat Neratius, quod verius est*; atqui horreum, utpote in quo reponi fructus solent prædium rusticum esse, quis ita in Jure hospes est, qui ignoret?

Facit II. *l. Certi.* 5. *Cod. de locato.* ubi in hæc verba dissertè rescriptum est: *certi juris est, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando verò domus locatur, non est necessaria in rebus inductis, vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris jure tenentur.* Advertis, ad hoc, ut illata à colono in prædium rusticum domino Jure pignoris teneantur, scientiam ejusdem requiri?

Argu-

Argumenta *contraria*, si ad lancem veritatis appenduntur, nullius sunt hili, nec pili I. Quod attinet R. *conc. ant. neg. cand. conseq.* Argumentum enim à contrario, licèt in Jure fortissimum sit illud tamen non procedit, ubi aperti Juris textus resistunt, prout refragantur, *l.* 3. *& l.* 5. paulò *antè* allegatæ.

II. Aliud non probat, quàm in prædiis rusticis requiri scientiam, & voluntatem domini, ita, ut hæc scientia, & voluntas illud sit, quod in prædiis rusticis contra observatur: nos verò ipsi ultrò largimur, ad hoc, ut illata in prædium rusticum nexu pignoris obstringantur, scientiam & voluntatem domini desiderari

III. Ipsorum adversariorum inane commentum est, existimantium, per fructus locatori prædii rustici sufficienter cautum esse. Sed quid? si nulli nascantur fructus? Quid? si non sufficientes? Mala profectò est consequentia: Fructus locatori prædii rustici tacitè obligantur, ergò sufficiunt pro securitate, ergò nullæ aliæ res obligantur. Nos ipsi *concedimus*, fructus locatorii prædii rustici pro annua pensione obligari; sed *negamus*, & *pernegamus*; non etiam obligari reliqua, in prædium rusticum illata, & invecta. Manet itaque inconcussa veritas, illata, & invecta in prædium rusticum nexu pignoris obstringi, modò scientia, & voluntate domini illata, & invecta sit. Imò praxi, & usu receptum est, illata, & invecta in prædium rusticum domino obligari haud aliter, quam locatori prædii urbani, hoc est, sive scìverit, sive ignoraverit, aliquid illatum, aut invectum esse. Testes agunt *Mev. p.* 4. *decis.* 127. *Brunn.* in *d. l.* 3. *ff. in quib. caus. tacit n.* 4. His in antecessum præmissis, sequitur.

Casus *Actionis Servianæ*: Ego locavi *Sempronio* primam mearum ædium contignationem pro annua mercede 700 fl. Ille varias res, puta, *cistam*, *picturas*, *tapetes*, *arma*, *sclopeta*, &c. intulit, & anno finito pensionem debitam non solvit; res verò, quas intulit, *etiam avexit*, & in *Cornelium alienavit*. Ego Sempronium aliquoties interpellavi, quatenus solveret mercedem annuam; ast ille recusavit. Q. *quomodo mihi consultum sit?* Certum est, quod contra Sempronium mihi competat actio personalis ex locato verùm fac, Sempronium non esse solvendo, atque adeò inanem fieri actionem, quam inopia debitoris excludit Quid *Remedii?* Habeo actionem *Servianam* contra 68
Cornelium quæ concinnè *definitur*, quod sit *actio Prætoria, realis, quæ datur locatori pro rebus in prædium locatum à conductore eo animo, ut perpetuo illic essent, invectis, & illatis, contra quemvis possessorem, exclusso priùs conductore, ad hoc, ut res alienatæ actori restituantur eique satisfiat pro annua pensione, & damnis, à conductore factis. Manz. n.* 22. *Schneid. n.* 13.

69 *Cui competat?* Hic *opus, hic labor*, tot enim ferè occurrunt *sententiæ*, quot capita. Sunt, qui hanc actionem nulli alii accommodent, quàm locatori prædii rustici, pro rebus coloni, expressâ partium conventione obligatis. Ita *Hanold. de J. & J. tom.* 5. *tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 178. *Chlingensp. Inst. hic. q.* 41. *Schamb. hic. Gletle. num.* 66. *à Sometting. num.* 77. Moventur per §. *Item Serviana* 7. *hic.* in verbis: *Serviana quis experitur de rebus coloni, quæ pignoris Jure pro mercede fundi ei tenetur.* Qui hanc sententiam admittunt, simul docent, actionem quasi servianam competere pro aliis omnibus, tam *generalibus*, quàm *specialibus*: tam *expressis*, quàm *tacitis* hypothecis. Sunt alii, qui actionem servianam omnibus illis tribuant, qui tacitum qualecunque

que pignus habent. Ita *Oldendorp. class.* 3. *act.* 11. *Jul. Pac. Inst. hic. Mynsing. num.* 26. Sunt denique alii, qui hanc actionem nulli alii applicent, quàm locatori, non adhibita differentia, an locator sit prædii rustici, an urbani? modò locator sit. Ita *Manz. num.* 25. *Schneid. n.* 54. *Harp. num.* 1. *Andler. Inst. hic.* Moventur præcipuè per *text.* §. 7. *hic.* qui, tametsi de locatore prædii rustici tantùm loquatur; ob identitatem tamen rationis ad alios locatores rectè extenditur. Dico *locatores.* Unde *Colliges,* quòd is qui alteri gratis, vel mercede, in pecunia numerata non constituta, habitationem concessit, pro deterioratione rei concessæ hanc actionem non habeat, eo quòd non adsit contractus locationis conductionis. *Manz. & Schneid. loc. cit.* Ego huic rei, cui videlicet competat serviana vel quasi serviana actio? multùm anxiè insudandum esse, non duxi; haud ignarus, eas in *effectu* non *differre,* & in Jure frequenter confundi, atque promiscuè usurpari. *Jul. Pac. Inst. hic.* ṽ. *Nota V.*

70 *Contra quem detur?* Actio Serviana datur I. contra conductorem fundi rustici, qualis vocatur *Colonus Schneid. n.* 23. II. contra conductorem prædii urbani, qualis vocatur *Inquilinus, l.* 5. *Cod. de locato. Schneid. ibid.* III. contra *hæredes* tam colòni, quàm inquilini, *activè* enim & *passivè* transit ad hæredes. IV. datur contra quemvis possessorem extraneum, qui res, à conductore illatas, possidet. *Schneid. num.* 50. *Manz. num.* 43. *Mynsing. hic.* Ratio prima est, quia hæc actio realis est. *Jul. Pac. Inst. hic. v. Not.* III. ergò rem comitatur, *Oldendorp. class.* 3. *act.* 11. *q.* 5. Ratio secunda, quia res transit cum sua causa, & onere, *l.* 22. *Cod. de distract. pign. Brunn. ibid.* Quod sine altercatione procedit, quando Inclusio, seu Arrestatio bonorum facta est, hoc est, quando de ipsis bonis invectis confectum est publicum Instrumentum, *l.* 56. *ff. locati.* ubi sciendum, quòd locator, si conductor in mora sit solvendæ annuæ mercedis, possit curare confici aliquod *Inventarium,* & in eo bona conductoris conscribi; quæ (ut vocant) Inclusio, seu Arrestatio juxta omnes hanc vim producit, ut bona conductoris alienata transeant cum suo onere in quemcunque possessorem. *Mynf. num.* 25. *Oldendorp. loc. cit.* §. 2. *q.* 7. *Schneid. num.* 52. *Wesenb. in parat. ad ff. in quib. caus. tacit. num.* 6.

Sed Q. *an bona illata ante inclusionem etiam cum suo onere tacitæ hypothecæ transeunt in quemvis possessorem?* Sunt, qui *negativæ* subscribant per *text. l. pen. ff. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit.* ubi mancipia illata, tametsi pro pignore obligata sint, manumitti tamen possunt ante præclusionem, seu arrestationem Item per *l. Generaliter* 29. *ff. Qui, & à quib. manumitt.* Ubi generalis hypotheca non impedit, quò minùs servus manumissus liber fiat. *Affirmativa* magis arridet, quæ docet, bona, à conductore illata, & ante Inclusionem alienata, transire cum onere tacitæ hypothecæ in quemcunque possessorem. Ita *Schneid. num.* 53. *Manz. num.* 48. *Harp.* §. 5. *quib. mod. recontrah. oblig. num.* 29. *Schamb. hic. Neguzant. p.* 2. *memb.* 4. *num.* 131. *Zoes. ff. in quib. caus. tacitè. num. ult. Perez. ad Cod. eod. n.* 15. Ratio sola, sed solida est, quia alia tacita hypotheca ante inclusionem esset inanis, & ferè nullius effectus, si liberè alienari posset. Deinde, absurdum est dicere, res simul atque in prædium urbanum inducta fuerint, obligatas esse, & nihilominus sine onere hypothecæ alienari posse, ita, ut loca- 71

tur, earum causa, actione serviana adversus possessorem experiri nequeat.

Ad *Textus oppositos* ℞. id, favore libertatis, singulare esse, ut generalis hypotheca manumissionem non impediat atque adeò perinde magis coñ quàm infirmari nostram sententiam, eò quòd Jus *singulare* in *uno* significet Jus *commune* esse contrarium in aliis. *dd. Ad.*

72 *Pro quibus rebus competat?* Competit actio Serviana pro iis rebus, quæ nexu taciti pignoris locatori obstricta sunt, *text. hic.* Sunt autem taliter obligatæ illæ duntaxat res, quæ à colono, vel inquilino in prædium rusticum, vel urbanum eo animô illatæ, vel invectæ sunt, ut perpetuò ibi maneant, *l. 7. ff. quib. caus.* & *l. 32. ff. de pignor.* ly *perpetuò* autem ita velim, intelligas, ut non æternitatem, sed illud tempus designet, quamdiu durat locatio conductio. *Menoch. 2. arbit. cas.* 441. *Schneid. n. 36.* Unde *Colliges*, *pecunias*, ad usum *quotidianum* destinatas, Item *Vestes quotidianas*, *Libros studiosorum*, & alias res ad quotidianum usum destinatas, tacitè obligare. *Schneid. num.* 40. & *seqq. Harp.* §. 4. *Inst. quib. mod. re cont. oblig. à. n. 22. usque ad. n.* 43. Ratio fundamentalis est, hæc, quia illæ res, quæ sub generali hypotheca expressâ non veniunt, etiam nexu tacitæ hypothecæ non obligantur; ne aliàs major vis sit *taciti*, quàm *expressi* contrà, *l. 195. ff. de R. J.* atqui præmemoratæ res sub generali hypotheca expressa non veniunt, *l. 6. §. 2. & seqq. ff. de pignor. Zoës. ff. de pignor. n. 12. Neguzant. p. 2. memb. 2. n.* 24. ergò

73 Dubitatur, *an merces, in domum conductam invectæ, tacitè pro pensione censeantur obligatæ?* Dixeris, quòd *non*, ea enim est naturai, & conditio mercium, ut quotidie distrahantur, & commuten-

tur, ita ut non perpetuò maneant in domo conducta.

Verùm, *contrarium* tenendum, puta merces pro pensione obstrictas censeri, non in *specie*, sed in *genere*, quasi pignus duret, per substitutas alias merces in locum alienatarum, *l. 34. ff. de pignor.* Facit etiam huc, *l. 13. ff. eod.* ubi, grege, pignori obligatô, si aliquæ decedant, & aliæ subnascantur; subnatæ pignoris Jure tenentur, ut idem in nostro casu statuendum sit, atque ita verificetur, species, quæ tempore cessæ, & solvendæ pensionis extant, pignori affectas esse. *Perez. ad Cod. in quibus caus. num. 5. Zoës. eod. n. 4. Schneid. n. 39. Harp. loc. cit. n.* 28.

Quæ requirantur ad actionem Servianam? Requisita actiones Servianæ absolvunt quinque. I. est, ut præcesserit contractus locationis conductionis *text. hic.* & *l. certi Juris Cod. de locato.* Unde, pronô velut alveô fluit, actionem servianam non dari, ubi habitatio pro mercede non consistente in pecunia numerata, concessa est, eò quòd non esset contractus locationis conductionis. II. requisitum est, ut res fuerint illatæ, & invectæ in prædium conductum *arg. l. 5. Cod. in quib. caus.* Unde, quæ illatæ non sunt vel extra domum relictæ, pro pensione tacitè obligatæ non censentur *d. l. 5. Mynsing. n. 14. Manz. n.* 40. Et in hoc differt tacite hypotheca, locatori constituta, ab aliis tacitis hypothecis, utpote, quæ citra illationem obligantur, veluti res mariti pro dote, res Tutorum pro administratione, &c. *Schneid. num.* 55. III. est, ut sint tales res, quæ in generali expressa hypotheca veniunt, *l. 6. ff. de pignor.* Unde omnes illæ res, quæ non veniunt sub hypotheca expressa generali, nexu tacitæ hypothecæ non tenentur, sic, quia vestes quo- 74

tidianæ, pecuniæ ad quotidianum usum destinatæ, bona, fideicommisso subjecta aut alienari prohibita, sub hypotheca generali non veniunt, *l.* 6.7.& 8.*ff. de pignor. l. fin.* §.2.& 3.*Cod. commun. de legat. Zoes. ff. de pig. num.* 12. *Neguzant. p.* 2. *memb.* 2. *n.* 42. Ideò nexu tacitæ hypothecæ non obstringuntur. *Schneid. n.* 57. *Manz. n.* 34. Ratio, quia non debet plus operari tacitum, quàm expressum *arg. l.* 3. *ff. si cert. pet.* IV. est, ut res eo animo illatæ sint, ut perpetuò ibi maneant, prout, ℣. *pro quibus competat?* paulò *antè* diximus. V. requisitum est, ut priùs bona debitoris excutiantur, quàm actio serviana contra extraneos intentari queat *auth. hoc. si debitor. Cod. de pignor.* Ubi *Observa*, De Jure *Codicis* posse extraneum actione Serviana impeti etiam ante excussum principalem, *l.* 8. & 24. *Cod. de pignor.* Verùm, Jure *Novellarum* aliud obtinet *d. auth. hoc. si debitor.* Perez. *ad Cod. de pignor. num.* 14. *Zoes. loc. cit. num* 21. vide *Brunn.* in *d. l.* 28. *Berlich. p.* 2. *concl.* 24. 66. & *seqq.* porrò, *quæ & qualis probatio in actione serviana requiritur?* longum foret excutere, vide *Schneid. n.* 58. Illud tamen *nota* benè, commodius esse, & consultius, intentare Interdictum *Salvianum*, quàm actionem *Servianam*, vel quasi talem, cùm in illo sufficiat probare possessionem debitoris absque dominio *arg. l.* 24. *ff. de R. V.* econtra verò in actione Serviana, in bonis debitoris fuisse, probari debeat, quæ probatio difficilior, quàm possessionis.

75 *Ad quid competat?* Competit actio Serviana ad hoc, ut Judex declarat, actori Jus hypothecæ in illis competere, remque restituat reus actori, donec satisfiat de annua pensione. *Manz. num.* 50.

Dices: Actio Serviana penitus videtur esse inutilis, ergò incassum est, tanta de hujus actionis natura abstruxisse. *Anteced.* ostenditur exinde; quia pro persequendis tacitis pignoribus competit Interdictum Salvianum, quod intentare tutius est, quàm actionem Servianam *arg. l.* 24. *ff. de R. V.* ℟. I. Inutile non esse, habere plures actiones, plura remedia, ut nimirum in casu, quo uni remedio renuntiavit, habeat quis regressum ad illud. ℟. II. dari casum, teste *Schneid. hic. n.* 67. in quo Interdictum Salvianum locum habet, sed præcisè opus est actione Serviana, nimirùm tunc, quando debitor obligat rem, quæ quidem tempore obligationis in bonis ejus fuit, illam tamen non possedit, hoc in casu, cùm possessionem debitoris probare non posset, necessario intentanda est actio Serviana, de qua sit dictum satis sequitur.

De actione quasi Serviana. Hæc actio quasi Serviana aliò nomine vocatur hypothecaria, *text. hic.* & *l.* 1. *Cod. Commun. de legat.* pro cujus meliori intellectu figuratur iste.

Casus: dedi *Pamphilo* 2000. fl. mutuos, &, ut de debito magis mihi cautum foret, hypothecavit mihi fundum suum. Postquàm tempus, solutioni præfixum, effluxit, interpello Pamphilum, vel mutuum reddet, vel hypothecam in solutum cederet. Ille recusat, fortè, quia non vult, vel, quia non potest, cò quòd fundum alienaverit in tertium. Q. *quomodo mihi consultum sit?* Certum est, quòd inspectò Jure civili, nulla mihi competat actio; quia pacta non afficiunt rem, sed personam & ex nudo pacto quo hypotheca constituitur, de Jure civili non producitur actio. Prætor tamen; cùm videret, quòd hypotheca parùm prodesset; nisi Jus reale ponerer, constituit, ut hypotheca ipsam rem afficiat, producatque Jus reale, *l. pignoris. ff. de pignorat. act. l.* 18. *Cod.*

eod.

eod. Negiz. part. 3. memb. I. num. I. atque adeò actionem hypothecariam, quæ *Definitur*, quòd sit *actio Prætoria, realis, perpetua, quæ datur creditoribus, expressam, vel etiam tacitam*, hypothecam habentibus, adversus debitorem &, *excuss. so debitore; quemcunque possessorem ad hoc, ut actor hypothecam retinere, vel alienare possit*; si debitor solutionem non præstiterit. vide *Schneid. num.* 69. Dixi I. *Prætoria*, quia ex nudo pacto proficiscitur, *l.* 4. *ff. de pignor. l.* 1. *ff. de pignorat. act.* adeoque non competeret, *l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* nisi Prætor æquitate inflexus, eam introduxisset, *Harp. n.* 26. Dixi II. *perpetua*, tametsi enim hæc actio Prætoria sit; cùm tamen sit rei persecutoria, quandoque durat 30. quandoque vero 40. annis *Oldendorp. q.* 5. *in fine* ℣. *perpetuò*. & nos *Lib. II. Tit. VI. n.* 39. cætera verba ex decursu patebunt.

Cui competat? Antequàm dilucidetur, *cui actio hypothecaria: seu quasi Serviana detur*? Nota, actionem quasi servianam ab actione Serviana in duobus præcipuè differre, I. est, quòd actio quasi Serviana, seu hypothecaria competat tam pro expressa, quàm pro tacita hypotheca. Serviana econtra detur tantùm pro tacito pignore, quod lex in solo contractu locationis in rebus, à conductore illatis, constituit, ita, ut Serviana actio pro nullo alio pignore detur, quàm illo, quod à lege in bonis, in prædium urbanum, vel rusticum illatis, constitutum est; actio verò quasi Serviana generaliter competat pro omni alia hypotheca, tam *expressa*, quàm *tacita Schneid. num.* 73. II. est, quòd actio Serviana pro rebus duntaxat mobilibus: quasi verò Serviana detur pro rebus tam mobilibus, quàm immobilibus, prout paulò *post* latiùs examinabimus. Intereà *Colliges* quòd actio quasi Serviana detur I. creditori, cui bona sunt hypothecata *text. hic.* II. competit hæredibus creditoris, *l.* 1. & 2. *Cod. si unus ex plurib. hæred.* III. Legatariis, & fidei-Commissariis, *l.* 1. *Cod. commun. de legat.* IV. Cessionario vel emptori pignoris, hypothecæ, *h. t. ff.* & *Cod. de hæred. vel. act. vend.* V. alteri creditor cui primus creditor obligavit suum nomen debitoris, *l. Nomen Cod. quæres pign. oblig. poss.* xel, cui pignus pignori dedit, *l. grege. §. cum pignori ff. de pignor.* & *h. t. Cod. si pign. pignor. dat. sit. Neguzant. p.* 8. *memb.* 2. *n.* 2. *Schneid. n.* 78. & 79.

77 *Contra quem detur*? Actio hypothecaria datur I. contra principalem debitorem *l.* 24. *Cod. de pignor.* & *hypoth.* II. contra heredes debitoris, *l.* 1. & 2. *Cod. si unus ex plurib. hæred.* III. contra quemvis tertium possessorem. Ratio, quia hæc actio realis est, adeoque sequitur quemlibet possessorem, *l.* 17. *ff. de pignor.* & *l.* 18. *Cod. eod. Schneid. n.* 80. *Neguzant. loc. cit. num.* 1. *Manz. n.* 28. requiritur tamen, ut priùs excutiatur debitor, quàm conveniatur tertius possessor *auth. hoc, si debitor. Cod. de pignor. Berlich. p.* 2. *concl.* 24. *n.* 66, qua de re *paulo post* latiùs.

Dices: actio hypothecaria datur contra tertium, etiam non excussò debitore principali *Nov.* 112. *cap.* 1. §. 1. ergò. ℞. *d. Nov.* 112. *cap.* 1. §. 1. loqui de casu singulari, quo debitor, actione hypothecariâ jam in judicio conventus, rem hypothecatam alienavit *Fach. lib.* 8. *cap.* 105. *Brunn.* in *l.* 10. *Cod. de pignor. n.* 10. aliter *Carpzov. p.* 2. *const.* 18. *def.* 18.

78 *Quæ sint Requisita quasi Servianæ actionis*? I. requiritur, ut creditor hypothecam, sibi constitutam, habeat, *l.* 23. *ff. de probat.* II. ut sit talis res, quæ obligari potuit, unde res *sacræ, sanctæ, religio-*

sæ, *&c.* in actionem hypothecariam non veniunt. III. ut priùs excutiatur debitor principalis, quàm contra tertium actio hypothecaria moveatur, *d. auth. hoc si debitor Cod. de pignor.*

79 *Quæ probari debeat in actione Hypothecaria?* Adminiculô *distinctionis* dirimenda venit hæc *Q.* vel enim creditor agit adversus ipsum debitorem, vel contra tertium. Si priùs? tunc sufficit, quòd creditor probet, rem sibi hypothecatam esse; nec opus est, quòd actor probet debitorem rei oppigneratæ dominum esse; enim vero, si deb tor exciperet, & diceret, se rei oppigneratæ dominum non esse? non audiretur, utpote allegans propriam turpitudinem, *l. 21. §. 1. ff. de pignor. & l. 41. ff. de pignorat. act. Schneid n. 59.* Si posterius, hoc est, si creditor agit contra tertium, non sufficit probare, rem nexu pignoris obligatam esse, sed insuper creditor probare debet rem hypothecatam in bonis debitoris fuisse, hoc est, debitorem re hypothecatâ, tanquam suâ, usum esse, *l. 15. §. 1. ff. de pignor. l. 3. Cod. eod.* Unde *colligere* possis, longè commodiùs, & consultius esse, intentare interdictum Salvianum, vel quasi, quàm actionem Servianam, vel quasi, in priori enim casu sufficit probare possessionem debitoris absque dominio, *l. 24 ff. de R. V. Schamb. hic. in fine.* videatur quoque *Bachov. ad. Treutl. vol. disp. 1. th. 7. lit. H. Gail. 2. obs. 26. num. 2.*

80 *Ad quid detur?* Datur ad hoc, ut actor hypothecam retinere vel alienare possit, si debitor solutionem præstare recuset. *Schneid. num. 89.*

§. In Personam. 8.

Hactenus videmus de prætoriis *realibus* actionibus, sequuntur modò *personales*, puta, actio de *constituta pecunia*, actio de *peculio*, & actio in *factum* ex Jurejurando. Actio *receptitia* exolevit, differebat ab actione de constituta pecunia, quòd illa pro omnibus indistinctè rebus: hæc pro rebus tantùm fungibilibus competierit.

§. De Constituta. 9.

Constitutum nihil est aliud, quàm nudum pactum, quo quis promittit, se soluturum id, quod ipse, vel alius debet, cum reflexione ad prius debitum. *Schamb. hic.* Quæ ultima verba impensè notes, velim; enim verò, si debitum nullum præcesserit, non *constitutum* erit, sed *nudum pactum*, non producens actionem, *l. 7. §. 4. ff. de pact.* Itaque, ut actio de constituta pecunia locum habeat, debet promissio fieri debiti præ existentis, prout ex dicendis luculentiùs patebit. interim pro meliori intellectu consurgat iste

Casus; Credidi *Sticho* 50. fl. quos in festo S. Michaelis se soluturum adspondit; verùm, promissis non stetit, adeoque statui, Stichum in Judicium trahere, eumque actione impetere. Supervenit *Titius*, me rogans, ne Stichum coram Judice conveniam; sed potius adhuc per duos menses feram patientiam, se posteà soluturum id, quod Stichus mihi debet. Ego Titii petito detuli, atque per duos menses exspectavi. Ast, nec tunc Titius (licèt aliquoties interpellatus) solutionem præstat. Q. *qualis mihi contra Titium competat actio?* Certum est, quod de Jure civili nulla mihi competat actio. Ratio, quia constitutum fit per nudum Pactum; ex nudo autem pacto de Jure civili actionem non produci, in confesso est *d. l. 7. §. 4. de pact.* ex ratione, tum, ne nimiùm constringatur oris libertas, tum, quia nuda pacta videntur ex levitate emissa, circa animum, efficaciter se obligandi, tum, ut evitetur litium multitudo.

Verùm, quia fidei humanæ nihil magis

gis congruit, quàm ea, quæ placuerunt, custodire, *l. 1. ff. de pact. l. 20. Cod. de transact.* & prætereà promissio, cum reflexione ad prius debitum facta, non videatur tam leviter emissa; quàm nudum pactum. Ideò, Prætor, naturalis æquitatis ratione inflexus, introduxit actionem de constituta pecunia, de qua in *ff.* & *Cod. de consit. pecun.* integri *Tituli* existunt.

81 Concinnè autem *describitur*, quòd sit *actio Prætoria, personalis, rei persecutoria, perpetua, quæ datur contra eum, qui per nudum pactum constituit, se soluturum id, quòd prius ipse, vel, alius quidam ex nudo pacto; vel quacunque causâ debebat text. hic. & l. Cod. eod.*

Dixi I. *Prætoria*, ratio, quia Prætor eam induxit, *l. 1. l. 16. ff. de const. pecun.*

82 Dices: ergò est annalis *arg. princip. Inst. de perpet. & temp. act.* ubi dicitur, actiones ex edicto Prætoris descendentes, plerumque esse annales. R. Actionem de constituta pecunia esse rei persecutoriam *l. 18. §. 2. ff. d. t.* adeòque esse perpetuam, prætoriæ enim actiones, quæ sunt perpetuæ, hoc est, omnes sunt perpetuæ, hoc est, durant 30. annis, *l. 2. Cod. eod.* & propterea dicitur in *princip. Inst. de perpet. & temp. act. plerumque. Harp. Manz.* & communiter omnes in *d. princip.* ubi DEO dante; & nos discutiemus, quæ prætoriæ actiones sint annales? quæ perpetuæ?

Dixi II. *personalis*, ratio, quia non ex domino, sed ex conventione oritur. *Harp. n. 5.*

Dixi III. *per nudum pactum*, ratio, quia in casu, quo quis per stipulationem promisit, se soluturum id, quod ipse vel alius debet, non actio prætoria: sed civilis ex stipulatu competeret. *Schneid. n. 12. Mynsing. n. 4.* Ratio, quia habitô remediô, ordinario non est excurrendum ad extraordinarium, *l. 16. ff. de Minor.* Unde, si te præsentem interrogo: *constituisne, te soluturum, quod Titius debet?* & tu, R. *constituo.* Adversùs te actio ex stipulatu datur, non verò de constituta pecunia, utpote, quæ tunc demum competit: si quis absque *prævia interrogatione*, fortè per *nudum pactum*, per *Epistolam*, vel per *Nuntium* promittat, se soluturum id, quod ipse, vel alius debet.

Cui competat? Competit I. ei, cui per nudum pactum constitutum est id, quod ipse, vel alius debet *text. hic.* II. ejushæredibus, *l. 1. l. 2. Cod. de const. pecun. num. 14.*

Contra quem competat? Competit I. contra eum, qui soluturum se, promisit, quod ipse, vel alius debebat, etiam ex delicto *text. hic. & l. 29. ff. de const. pecun. Harp. n. 20.* II. datur contra hæredes constituentis, *l. 1. & 2. Cod. d. t.* III. datur etiam contra fœminas, si pro se constituerent; secùs, si pro aliis, *l. 1. §. 2. ff. h. t.* Sicuti enim mulier juvatur *SC. Vellejani* beneficiô, si pro alio fide jusserit, ita quoque juvatur, si pro alio constituerit. *Schneid. num. 36. Zoës. loc. cit. n. 4. Brunn. in d. l. 1. §. 2. P. Engel. de fidejuss §. 1.* 84

Quæ sint requisita actionis de constituta pecunia? Ad actionem de constituta pecunia desideratur I. ut constitutum fiat nudô pactô; aliàs, si per stipulationem quis constituat, se soluturum, quod ipse debet vel alius, non actio hæc: sed actio ex stipulatu producitur, prout *paulò ante* dictum est. II. ut debitum aliquod præcedat, *l. 2. Cod. de const. pecun.* Ratio, quia constitutum est prioris debiti confirmatio, ut proinde dari nequeat, nisi debitum præcedat. *Schneid. num. 21. Perez. ad Cod. eod. n. 4.* Verùm, cùm debitum triplex sit, aliud *naturale* tantùm, aliud *civile* tantùm, aliud *naturale & civile* simul. *Schneid. d. lo.* ideò videndum, *quale debitum rectè in constitutum deducatur?* Itaque sequitur. 85

86 *Assertio I.* Naturale, & civile debitum simul quin non tantùm ab ipso debitore, sed etiam a tertio, anteà non obligato, in constitutum rectè deducatur, nemo, nisi *qui lucem in mei idie*; *negat l.* 5. §. 2. *ff. de const. pecun. Jason hic. n.* 45.

Dices: Ad quid prodest constitutum in casu, quo ipse debitor ex naturali, & civile obligatione tenetur, nunquid ordinaria actio ex contractu præcedente competit? ℞. ad hoc prodesse, ut commodiori locô, & tempore solvatur, v. g. tu promisisti, te soluturum *Romæ*, hóc casu potest constitui, ut solvatur *Viennæ*. Vel, tu debes 100. fl. in moneta *aurea*, constitui potest, ut solvantur in moneta *argentea*. Vel, tu debes mihi *naturaliter* tantùm, ut proinde contra te actio mihi competat, potest constitui, ut pro illo debito mihi detur *actio. Mynsing. num.* 9. 10. & 14. *Schneid. num.* 22.

87 *Assertio II.* debitum naturale tantùm etiam in constitutum rectè deducitur, *l.* 1. §. *fin. ff. d. t.* Ratio, quia prætor naturalem tantùm æquitatem in hoc edicto attendit, quæ ad producendam hanc actionem sufficit; atqui in debito naturali versari æquitatem naturalem, nemo est, qui non intelligat; ergò *Manz. num.* 29. Unde fac, tibi ex testamento imperfecto *legatum* deberi, hoc in casu, ad illud consequendum, nulla tibi competit actio, *l.* 12. *Cod. de testam.* Si tamen hæres per nudum pactum constituat, se illud legatum soluturum tantùm robur legato accedit, ut per actionem de constituta pecunia efficaciter peti possit. *Schneid. n.* 23. *Wesenb. n.* 9.

88 *Assertio III.* Debitum civile tantùm constitui non potest, *l.* 2. §. 1. *ff. de constit. pecun.* Ratio quia tale debitum nullam habet naturalem æquitatem, cui soli Prætor suffragari vòluit. *Manz. num.* 30. *Mantica. lib.* 19. *de amb. & tacit. convent. tit.* 3. *n.* 4. *Bachov. ad Treutl. vol. disp* 23. *tit.* 7. *Lit. F.*

Dices: obligationi, civili tantùm, potest accedere fide-jussio §. 1. *Inst. de fidejuss.* ergo etiam obligatio, civilis tantùm, poterit constitui. *R. con. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quia fidejussio est contractus Juris *civilis*, quoniam per *stipulationem*, quæ mera Juris civilis creatura, est, contrahitur, ut mirùm non sit, obligationi, civili tantùm, aliam obligationem civilem, puta fidejussoriam, accedere posse, ita, ut ipso quidem Jure obligetur, licèt per exceptionem *non numeratæ pecuniæ* elidatur. Constitutum verò ex Edicto *Prætoris* est introductum, & Prætor tuetur solam naturalem æquitatem, quæ si non subsit, constitutum locum habere non potest. *Manz. num.* 41. *Chlingensp. q.* 48. *ob.* 1. *Schneid. n.* 26.

Ad quid competat? Actio de constituta pecunia datur ad hoc, ut fiat, quod constitutum est v.g. ut solvat pecunias, quas promisit; vel præstet factum, quod præstandum in se recipit *Oldendorp. in practic. n.* 4. & *q.* 4. §. *tenendum.*

Dubitatur, an is, qui pro alio constituit, habeat beneficium ordinis, seu excussionis? vel, si plures pro alio constituerint, habeant beneficium divisionis? ℞. *affirmativè.* Ita *Schneid. num.* 29. *Perez ad Cod. loc. cit. num.* 14. *Zoes. ff. de const. pecun. num.* 20. *Moventur* per *Nov.* 4. *cap.* 1. ubi generaliter cautum est, quòd omne omninò genus intercedentium possit opponere exceptionem *ordinis* vel *divisionis*; atqui constituens pro alio dicitur utique intercedere, ergo. Illud silentio nolui involvere, quòd, si quis se soluturum promittit, omne id, quod constituerit, Cajum debere, non teneatur; nisi in vita Caji calculus subducatur, & de debiti quantitate constet,

conſtet, adeòque, ſi priùs moriatur Cajus, quàm conſtet, quid & quantum debeat? promiſſor liberetur per *diſſert. tex. l.* 122. §. *Agerius* 4. *ff. de V. O.* Ratio, quia fortè debitor, ſi viveret, ſuas rationes & exceptiones, quibus debitum impugnâre poſſet, haberet. Et iſte caſus adeò ſpecialis eſt, ut, niſi expreſſô textu niteretur, quilibet contrarium diceret, teſtante id *Schueid. n.* 52. & *Brunn. ad l.* 22.

§. ACTIONES. 10.

Quid? & quotuplex ſit peculium? *Lib. II. Tit. IX.* §. 1. expoſuimus, ſequitur
89 Caſus *Actionis de peculio.* Sulpitius conceſſit filio ſuo certam ſummam pecuniæ, ut cum ea, quaſi cum proprio patrimonio ageret. Filius deinde à me bovem emit 20. fl. quos promiſit ſolvere in feſto S. Michaëlis; ſed promiſſis non ſtetit, & pater intereà filio ademit peculium Q. *an contra patrem poſſim intentare actionem*? Certum eſt, inſpectô Jure civili, quòd *non.* Ratio, quia nemo ex contractu alterius obligatur, *l. pen. Cod. ne uxor pro marit.* & filius non tenetur pro patre, nec pater pro filio *h. t. Cod. ne filius pro patre.* Quare de jure civili ſi velim agere contra ipſum filium, ſit fortè *Caſtrenſe*: vel *quaſi tale* peculium habet, agam, neceſſe eſt; ſi verò id genus peculium non habeat, poſſum actionem de peculio contra patrem intentare, pater enim, concedendo peculium filio ſuo, tacitè concedere, & permittere videtur, ut illud peculiotenus obligare poſſit. *Manz. n.* 22.
90 *Quid ſit actio de peculio? Deſcribitur*, quòd ſit *actio Prætoria*, *perſonalis*, *quæ detur ex contractu filii contra patrem ad hoc*, *ut ſolvat*, *quatenus eſt in peculio.*
91 *Cui competat?* Competit actio de peculio contrahendi cum filiofam. cui pater conceſſit peculium.

Contra quem competat? Datur contra 92 patrem. Ratio quia filius ex præſumpta voluntate patris cenſetur contraxiſſe. Sanè, ſi pater peculium filio ademerit, hac actione ampliùs non tenetur, *l.* 45. *ff. de peculio*, ceſſat enim præſumpta voluntas qua pater, in contractum filii conſenſiſſe, videtur. *Manz. n.* 43. dummodò bonâ fide ademerit, *l.* 21. *ff. eod.* nam, ſi dolô, & in detrimentum creditorum ademiſſet peculium, adhuc teneretur pater; dolus enim in omni actu cenſetur exceptus. *Schneid. n.* 14.

Quæ ſint Requiſita actiones de peculio? 93 I. requiritur, ut filius habeat *Peculium*, puta, *profectitium*; de *adventitio* enim pater conveniri non poteſt, ratio, quia filius in eo patri præjudicare non poteſt. Quòd ſi verò pater filio remiſerit uſumfructum, poterit etiam pater, ut legitimus adminiſtrator, peculiotenus conveniri. *Schneid. n.* 15. II. requiritur debitum, à filiofam. factum ex *contractu* vel quaſi. Enimverò ex *delicto*, vel *quaſi* ipſe filius tantùm, non etiam pater conveniri poteſt juxta illud: ex pœnalibus cauſis non ſolet de peculio actio in patrem dari, *l.* 58. *ff. de R. J.* pater enim non ad *delinquendum*: ſed ad *contrahendum* dediſſe peculium, intelligitur, Sanè, ſi filius ex delicto in Judicio condemnatus fuit, executio fit peculiotenus contra patrem, *l.* 35. *ff. de noxal. act.* ratio quia per litis conteſtationem filius quaſi contraxit, ut proinde non ex delicto: ſed quaſi ex contractu obligatus ſit. *Harp. hic.*

Ad quid detur? Datur actio de peculio ad hoc ut ſolvatur id, quod ex contractu filii debetur; quatenus tamen ſe peculii quantitas extendit, ultrà enim pater conveniri non poteſt limitata enim cauſa limitatum producit effectum. *Manz. num.* 46.

Illud

Illud adhuc pro *coronide* hujus actionis notandum, quod pater, hac actione impetitus, habet privilegium deductionis, id est ante omnia possit deducere, quod sibi aut personis, suæ potestati subjectis, debetur, *l. 1. §. 1. & 2. ff. de peculio. Manz. n. 54. Schneid. n. 38.*

Dices; sic reliqui creditores nihil accipient, quia patri debetur totum peculium. ℞. sensum esse non de peculio concesso; sed, si post peculium datum filius cum patre contrahat, debitorque ejus maneat, tum pater hoc debitum prius poterit deducere.

Porrò hæc actio de peculio concurrit cum actione *exercitoria*, *institoria*, & actione *de in rem verso*. Ita tamen, ut, si quis unam ex his elegerit, ad aliam recurrere nequeat, præterquàm, si, justò errore ductus minùs commodam elegerit *arg. l. 22. ff. de except. rei jud.* Unde *colligitur*, quòd, quoties de eadem re agitur, excepti rei judicatæ obstet, quò minus denuò agi queat, prout hanc rem late demonstrat. *Hunn var. resol. lib. 4. p. 8. q. 5. ubi* vide. Cùm verò ista actio plerumque ex contractu servorum, & filiorumfami!. descendat; hodie autem servitus ex orbe Christiano, tanquam dura Tyrannis, exulare jussa sit, ideo.

Dubitatur, *an etiam in Monachis locum habere possit?* Vide *Treutl. vol. 1. disp. 24. th. 11. lit. G. & Bachov. ibid.* Ego huic rei, ob ejus nullam, aut exiguam utilitatem, multùm laboris tribuere, operæ pretium non duxi.

§. ITEM SI QUIS II.

94 *Materia de Jure-jurando* & *utilis* est, & in foro *frequens*. Juramentum enim *optimum* dicitur *litium* expediendarum *Remedium l. 1. ff. de Jure jur.* Quare huic materiæ *impigre* insudandum. *Definitur* Juramentum, quòd sit *Invocatione Divini nominis in testimonium veritatis. P. Konig. ad. Decret. de Jure jur. num. 2. S. Thom. 2. 2. q. 89. n. 1.*

Dividitur I. in *assertorium*, & *promissorium*. Assertorium est, quo rei *præsentis*, vel *præterita* veritas asseritur; sive quod interponitur, quidpiam vel *asserendo*, vel *negando*, *esse* vel *fuisse*, v. g. *Juro, me in DEUM credere. Juro, me Titium non occidisse. Juro, me hanc rem furatum non esse. De futuris* hoc Juramentum non emittitur; nam, cùm de futuris contingentibus ordinariè non habeatur certa cognitio, temerarium foret, de iis *assertive* jurare. Promissorium est, quo promittimus, nos aliquid *daturos*, vel *facturos*, aut *non facturos*, adeoque confirmatur dictum de futuro, v. g. *juro, me eleemosynam daturum, Romam peregrinaturum, non blasphematurum, &c. Pirrhing. ad Decret. Sect. 1. §. 1. n. 12. de Jure-jur.*

II. Juramentum discerpitur in *voluntarium*, *judiciale*, & *necessarium*. Ita *Pirrhing. loc. cit. num. 20. P. Konig. Lib. 2. Tit. 24. n. 42. & seqq. Zoës. ad Jus Can. de Jure Jur. num. 33.* 96

DE JURAMENTO VOLUNTARIO.

Juramentum voluntarium (quod alii *extrajudiciale* aut *conventionale* vocitant) *definitur*; quòd sit illud, *quod ex conventione pars parti defert extra Judicium sub ea conditione, quòd velit ab alteriori processu abstinere. & Juramento stare, si præstiterit*, v. g. Ego, remotis arbitris, Titio 100. fl. mutuos dedi, quos cum terminò præfixò non restituerit, requiro ipsum, quatenus mihi illos redderet. Titius absolutè negat, se à me aliquid recepisse. Ego, omnibus aliis remediis probatoriis destitutus, & lites judiciales exosus, Titio defero Juramentum, ut juret, se 97

se mutuum non accepisse. Hoc Juramentum vocatur voluntarium, seu extrajudiciale, &, si præstitum fuerit, Titius à solutione debiti liberatur, eò quòd ego, quasi transegisse, videar, & post Juramentum præstitum non ampliùs interrogatur, num aliquid debeatur? sed tantùm num juratum fuerit? *l. 22. §. fin. ff. de Jure Jur. l. 5. §. 2. ff. eod. P. Konig. loc. cit. num.* 43. Dixi notanter: *absolutè negat*; enimverò, si Titius confiteatur, se quidem mutuum accepisse; sed excipiendo asserat, illud jam solvisse; non debeo tam incautus esse, ut eidem deferam Juramentum, quia Titius excipiendo sit actor, adeoque hujus exceptionis affirmativam ipsi probare incumbit, *arg. l. 2. & l. 19. ff. de probat. P. Engel. ad Decret. de Jure Jur. num.* 20.

De Juramento Judiciali.

98 Juramentum *judiciale* vocatur illud, quod pars parti defert in Judicio, approbante id Judice, seu authoritate Judicis interveniente. *Pirrhing. loc. cit. n.* 20. Juramentum hoc *judiciale*, differt à *voluntario*, seu *extrajudiciali* I. quòd judiciale deferatur in judicio; voluntarium verò extra judicium, *arg. l. 17. ff. de Jure Jur. P. Engel. loc. cit. n.*21. II. quòd, si alicui deferatur Juramentum judiciale, is vel tenetur jurare, vel, si nolit jurare, debeat referre, *l. 38. ff. eod.* ita, ut, si neque juraverit, neque retulerit, habetur pro confesso, & teneatur solvere, *l. 34. §. fin. ff. eod.* Contra se habet in juramento voluntario, quod non habet tantam necessitatem; sed, si malit is, cui delatum est per viam juris procedere, & in judicio litigare, poterit pro arbitrio facere, *l. 17. ff. de Jurejur. P. Engel. loc. cit. n.* 21. *Zoes. ad Jus Canon. de Jurejur. num.* 34. *Dixi*: quòd is, cui Juramentum delatum est, teneatur ex his tribus unum facere; *vel jurare, vel Juramentum referre, vel solvere*.

99 Sed, ain' quid Juris? si Juramentum retulerit actori; hic autem præstare recusset? Tunc actor perdit actionem, & reus absolvitur, *l. 34. §. fin. ff. eod.* ibi: *ex relatione, non jurante actore, absolvit reum, Brunnem. ibid. num.* 25. *Limitatur*, nisi actor justam, relatum juramentum detrectandi, causam habeat, sicut in casu, *l. Marcel. ll. §. 1. ff. de act. rerum amot.* ubi, qui rerum amotarum actione experitur, potest alteri Juramentum deferre, ut juret, se nihil amovisse, quale Juramentum referri non potest, *d. l. 11. §. ult. Carpzov. p. 1. const. 13. def. 10. & 11.* Ratio, quia deferens non habet scientiam facti alieni. Porrò, sicuti actor Juramentum, à reo sibi delatum, ex justa causa recusare potest, *d. l. 11. §. 1. & §. fin.* ita, retrò versa, reus Juramentum ab actore delatum, retractare potest, si justam retractandi causam habeat. Qualis est I. Si is, qui Juramentum judiciale defert, jurare noluit de calumnia, *d. l. 34. §. 4.* II. Si deferens non habeat potestatem deferendi, *l. 35. §. eod.* III. Si is, cui defertur Juramentum judiciale, jam antè intentionem suam *plenè* probaverit; vel saltem alio modo *legitimo* probare velit *cap. 2. X de probat. Zoes. ibid. n.* 41. IV. Si deferatur super facto alieno, *ignoto*, ei cui defertur v. g. si deferatur *hæredi* super facto defuncti, *arg. l. 11. §. 2. de act. rer. amot. Tutori*, vel *Curatori* super facto pupilli, *arg. l. 4. ff. de in lit. jur.* V. causa, recusandi Juramentum delatum est, si quis semel delatum, & revocatum Juramentum iterù m deferat, *l. 11. Cod. de Jurejur.* ubi dicitur, quòd, si quis alteri detulerit Juramentum, & illud, quia credidit, se posse testibus, vel instrumentis causam suam probare, iterum 100

revocaverit; postea in defectu alterius probationis, amplius Juramentum deferre non possit, & per consequens reus delatum rectè recusat. Ratio videtur esse ista, quia delationi Juramenti per revocationem censetur renuntiasse. *Zoes. ff. de Jure Jur. n. 36. P. Konig. loc. cit. n. 68.*

101 Controversia non levis est. *an Juramentum judiciale operetur necessitatem acceptandi, aut referendi; actor penitus nihil probaverit?* Utramque in partem vehementi altercatione divelluntur *AA.* ita, ut dubitare possis, quæ sententia sit communior? Mihi, stando in theoria, illa semper visa est verisimilior & adhuc videtur *sententia*, quæ docet, Juramentum judiciale locum habere; etiamsi actor penitus nihil probaverit. Ita re ipsa tenent *Carpzov. Jurisprud. forens. p. 1. Const. 12. def. 2. Berlich. p. 1. Conclus. 29. num. 8. Boëtius Decis. 95. Cravetta Consil. 207. num. 4. Zoes. ff. de Jure Jur. num. 34. Schneid. Inst. hic. num. 21. Fach. lib. 1. cont. 19. Vinn. lib. 1. select. Q. 42. Brunnem. inl. 38. ff. de Jure-Jur. Facit.* I. pro hac sententia *text.* in *l. Manifeste 38. ff. de Jure Jur.* ubi sine ulla *distinctione*; num actor aliquid probaverit; nec ne *generaliter* asseritur, manifesta turpitudinis, & confessionis esse, nolle nec jurare, nec Juramentum referre. *Facit.* II. *text.* in *l. 35. ff. eod.* ubi dicitur, tutorem omnibus aliis probationibus deficientibus, posse Jus Jurandum deferre; ergò necesse non est, ut actor aliquid probet. *Facit.* III. *text.* in *l. 25. §. pen. ff. de probat.* ubi iterum sine *distinctione* asseritur, quòd ei, cui onus probationis incumbit, licentia danda sit, adversario suo de rei veritate juramentum deferendi. *Facit.* IV. *Text.* in *l. ult. §. 10. Cod. de Jure delib.* ibi: *vel per Sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint.* *Facit* V. Solida hæc, & valida *Ratio*, ut nimirum actor, cùm omnes ei deficiant probationes, saltem metu divini Numinis extorqueat veritatem ab adversario. *Facit.* VI. quod ipsum Jus Divinum cujus author DEUS est, fons, & origo Justitiæ, huic nostræ *sententiæ* suffragetur *exodi c. 22. v. 10. & 11.* ubi clarè, & perspicuè ostenditur, quando hominum desunt testimonia, ad DEUM testem posse provocari, præsertim ubi asserendum est, quod in conscientia latet. Quibus omnibus *accedit* denuò, quòd reus, cui Juramentum defertur, nullam ejus recusandi justam causam habeat, eò quòd quasi-Judex constituatur in propria causa, ita ut si jurare velit? victoriam suam in partem trahat. Sin verò jurare nolit, Juramentum referre possit. *Franz. select. Q. 19. num. 101.*

Objicies I. *l. 4. Cod. de edendo* ubi, 102 actore nihil probante reus absolvendus venit; etsi nihil præstiterit, hoc est, etsi reus non juraverit. Verùm, nec hili, nec pili est hoc argumentum; *negatur* enim suppositum, quòd actor, deferens Juramentum, nihil probet; ipsum enim Juramentum species probationis est, *arg. l. 5. §. 2. ff. de Jure Jur. Zoes. loc. cit num. 35.*

Obj. II. probationes non sunt petendæ de domo adversarii; aut è sinu Rei, *l. 7. Cod. de testibus.* ℞. probationes non sumi de domo Rei; sed potiùs reum constitui Judicem, & testem effici in causa propria, eò quod præstare, aut referre Juramentum possit.

Obj. III. Judex non potest deferre Juramentum necessarium; nisi præcesserit semiplena probatio, *l. 3. Cod. de Jure-Jur.* ergò etiam actor non poterit deferre Juramentum judiciale, nisi semiplenè probaverit. ℞. *Concess. ant. neg. conseq.* Disparitas est, quòd in Juramentum necessario non detur referendi potestas siculi

cuti in juramento voluntario, & illud est necessitatis, hoc voluntatis.

Obj. IV, In dubio favendum est reo *cap.* 11. *de R. J. in* 6. ergò, cùm, actore nihil probante, dubium sit, quinam causam justam foveat, Reo favendum adeoque onere Juramenti gravandus nō erit, R. Reum per delationem Juramenti nequaquam gravari, eò quòd jurare necesse non habeat, sed possit Juramentum referre. Neutrum si facere velit audiendus non est, enim verò vel fovet, *justam*, vel *injustam* causam? Si justam; quæ erit, Juramentum præstare, recusandi ratio? cùm omnes laudent Deum qui jurant in eum *Psal.* 62. Si injustam? indignus est, quem favore prosequamur.

Obj V. Actor, & reus ad imparia non debent obligari, *l. fin. Cod. de fruct.* & *lit. expens.* Sed, actore, plenè probante. reus condemnatur, ita ut actori juramentum deferre nequeat *cap.* 2. X *de probat.* ergo etiam, actore nihil probante, reus absolvendus erit, ita, ut ad juramentum non debeat compelli. In hoc argumento *Antagonistæ* quasi *Achillem* ponunt; verùm ea, qua allegatur, retunditur facilitate. *Neg.* enim in *conseqq. suppos.* quod actor nihil probet, dum Juramentum defert, hoc enim ipsum probationis est. Deinde, hoc argumentum est à dissimili, unde non fiat bona illatio, nam si actor Instrumentis, aut Testibus intentionem suam legitimè probaverit, & de Jure suo plenè docuerit, causa satis est liquida, ut non oporteat eum onerari superfluo Juramento, at, nulla facta probatione, contendente Actore, sibi deberi, Reoque id negante, res est dubia, & tamen decidenda. Jam, cùm deficiat probatio ordinaria, confugiendum est ad subsidiariam, illato Jure Jurando, *Vinn. loc. cit.*

Obj VI. *l.* 35. §. 1. *ff. de Jure Jur.* ubi reus Juramentum delatum nec præstare, nec referre tenetur. R. *Text. d. l.* 85. §. 1. loqui de eo, qui, Juramentum deferendi, *potestatem* non habet, puta, de *prodigo*, quasi Juramentum deferat, reus justam, id præstare, recusandi causam habet prout suprà diximus.

Obj. VII. *l.* 26. *fin. C. de Usuris.* Sed R. *d. l.* 26. §. *fin.* loqui de Juramento *Purgationis*, quod necessarium est, adeoque non potest referri.

Obj. VIII. *l.* 11. §. 2. *ff. de act. rer. amot.* ubi nec pater, nec hæres uxoris, vel mariti jurare cogitur. Sed, an non advertis? *Text.* loqui de Juramento, quod super facto *alieno*, putà, *defuncti*, delatum est, quale recusandi justam reus causam habet, prout etiam *suprà* dictum.

Obj. IX. *l.* 12. §. 2. *Cod. de R. C.* ubi apertè *deciditur*, quòd, si reus jurare non velit, compelli non debeat. R. in illa lege dubium fuisse, num actor justam causam, deferendi Juramentum, habuerit, & propterea, ait *Text.* quòd causa inquiri debeat, & non statim compelli reus, ut juret; dubium autem esse potuit, quia super facto alieno Juramentum deferebatur. Ex hactenus deductis patet, nostram *sententiam* argumentis niti *validissimis*, quibus tamen non franguntur alii, quin contrarium sententiam veriorem statuant. *Mascard, de Probat. vol.* 2. *Conclus.* 957. *n.* 7. *Menoch. lib.* 1. *de præsumpt. Q.* 81. *n.* 2. *Bart.* in *l.* 3. *Cod. de R. C. Glettle part.* 6. *cap.* 4. *n.* 12. *Suttinger Observat.* 145. *num.* 2. his verbis: *Actor autem deferens necesse habet, ut ante semi plenè probaverit.* Ast, ut verum fatear: mihi videtur *Suttinger* æquè, ac cæteros *contrariam sententiam* amplexatos esse ex *confusione* Juramenti *necessarii*, & *judicialis*, prout

pariter ita dijudicat *Brunnem de process. inquisit. cap.* 23. *num.* 6. Accedit quòd *Welter de Jure consuetud. Austr. lib.* 1. *tit.* 27. indistinctè afferat : *Der Klæger kœnne...* i. e. *quod potest actor causam principalem juramento rei committere : ubi autem reus delatum juramentum nec præstare nec referre vult : tunc ea contumacia ut confessio rei probandæ perinde habeatur; atque ex ea condemnari potest reus.* Verùm, de Juramento judiciali dicta sufficiant. Sequitur.

De Juramento Necessario.

Juramentum *necessarium* exinde tale dicitur, quia in defectu *plenæ* probationis, Judici *necessario deferendum* : & à parte, cui defertur, *necessario præstandum* est, P. Konig. *ad Decret. de Jure-*
103 *Jur. n.* 73. *Definitur*, quòd sit illud, *quod Judex, causa cognita, ob inopiam plenæ probationis, uni ex litigantibus defert l.* 31. *ff. de Jurejur. l.* 3. & 12. *Cod. de R.C.* vocatur alio nomine *suppletivum*, eò quòd in supplementum probationis deferatur. *Funsterwalt. lib.* 2. *obs.* 64. *n.* 4. Ut Juramentum necessarium deferri possit. plura concurrant, necesse est

104 I. Ut ea pars, cui defertur semipleuè, idque *conclusivè*, non *præsumptivè*, v. g. per *unum* saltem *Testem*, omni exceptione majorem, *Intentionem* suam probaverit? contraria vero pars *nullas* pro se habeat *probationes* aut *præsumptiones*. *Sutting. obs.* 146. *num.* 3. *Mynsing. cent.* 1. *obs.* 68. *num.* 5. P. *Konig. loc. cit. num.* 86. *Alexand. Consil.* 32. *vol.* 1. & *Consil.* 19. *vol.* 4. Quid verò sit *semiplena probatio*? vide apud *Mascard. vol.* 1. *Q.* 11. *per tot.*

II. Ut ille, cui defertur, sciat verisimiliter veritatem per sensum corporeum, hoc est, habeat talem aliquam scientiam, quæ sensu corporeo percipitur. *Bart. in l. admonendi* 31. *ff. de Jurejur. Mynsing. cent.* 1. *obs.* 68. *num.* 3. *Menoch. de Arbitr. Cas.* 190. *num.* 6. *Mascard, vol.* 2. *Conclus.* 6 8. *num.* 61.

Unde *Inferuntur* I. hoc Juramentum su. 105
per *credulitate*, *scientia ex fama*, aut ex *auditu* deferri non posse *Brunnem. in d. l.* 31. *num.* 16. *Mascard. loc. cit.* Ratio, quia jurans succedit loco *Testis*, & dicitur testis irregularis, propterea, quòd in propria causa testetur, sicut ergò testis non probaret, de crudelitate deponens, ita neque is, cui necessarium Juramentum defertur.

Infertur II. hoc Juramentum non de- 106
ferri hæredi super facto defuncti, eò quòd, ignorare illud, præsumatur. *Minsing. loc. cit. Mascard. d. loc. num.* 63. *Menoch. d. loc. num* 6. ubi ait, idem procedere, quando jurans actui non interfuit, sed solùm dicit se per famam audivisse. Sic etiam ex eadem ratione hoc Juramentum deferri non potest *Abbatissæ*, quæ in officio, & dignitate alterius successit, ut juret super facto illius, cui successit. Sanè, si hæres multùm conversatus fuerit cum defuncto, & cum eo forte cohabitaverit, ita, ut de facto defuncti verisimiliter informatus sit, posse ei hoc Juramentum deferri, testantur *Menoch.* & *Mascard. loc. cit.* Concord. *Walter de Jure Consuet. Austr. lib.* 1. *tit.* 28. ibi : *Zum dritz....* i. e. *Tertio debet ipse principalis juramento defungi : nam ejus hæres ad id non admittitur : nisi cùm hic negotium gessit de quo contentio est, vel jugiter cùm defuncto principali versatus est, aut aliàs hujus factorum gnarus imprimis existit.*

III. *Requiritur*, ut is, cui defertur Juramentum necessarium, sit persona *honesta* & *integræ vitæ*, neque suspecta de perjurio, uno verbo, sit talis, quæ in causa,

causa, etiam aliena pro teste, omni exceptione majore haberetur, *Mynsing. loc. cit. Menoch. d. loc. num.* 14. *Mascard. d. Conclus.* 958. *num.* 66. *Walter d. loc.* ibi: *Erstlich, dasz die Persohnen, so den Ayd thun sollen, eines ehrlichen Rufs, Wandels, und lebens seyen.*

IV. Ut causa non sit *ardua*, sed *modica*; *& civilis*, *Mynsing. loc. cit. Schwarzentheler lib.* 2. *act.* 10. *cap.* 2. *num.* 16. in causis enim arduis, & magni momenti Juramentum suppletivum locum non habet, *Gail. lib.* 1. *obs.* 108. *n.* 11. Ratio est, quia timore plenum est, ne jurans, lucri aviditate excæcatus, perjurium committat, *P. Engel. ad Decret. de Jurejur. num.* 36. Quæ autem causa sit ardua, vel modica? arbitrio Judicis, ex qualitate, & conditione personarum
107 determinandum, relinquitur. *Suttinger. loc. cit. num.* 3. *Schneid. Inst n.* 45. Ex eodem principio fluit, quòd Juramentum necessarium in causis criminalibus locum non habet, hoc est, accusatori in suplementum probationis deferri nequeat. Ratio est, quia est causa ardua, & talis, ubi probationes debent esse luce meridiana clariores, *l. ult. Cod. de probat. Schwarzenthaler de Procés. jud. lib.* 2. *actu.* 10. *cap.* 2. *num.* 15. *Pirrhing. ad Decret. de Jurejur. num.* 65. *Fach. lib.* 1. *cont.* 15. *Sichard. in l.* 3. *Cod. de R. C. n.* 5. Sanè, quin accusatore, crimen plenè non probante, Reo, seu accusato, ad ostendendam suam Innocentiam, Juramentum *purgatorium* (quod etiam *necessarium* dicitur) deferri possit, *dubitandum* non est, *Schwarzenthaler loc. cit.*
108 *num.* 17. *P. Engel. loc. cit. num.* 35. Item Juramentum necessarium locum non habet in causis *matrimonialibus* præcipuè, si agatur de *impediendo*, vel *dissolvendo* matrimonio. *P. Konig. loc. cit. n.* 83. Ratio est, quia causa matrimonii gravis, & ardua est, *arg. cap. ult. de procurat. in* 6. & æquiparatur causæ criminali, *Zoes. vol.* 2. *cong.* 3. *num.* 27. *Pirrhing. loc. cit. num.* 97. *Mascard. loc. cit. num.* 43. *Gail. l.* 2. *obs.* 24. Dixi: si agatur *de impediendo*: vel *dissolvendo matrimonio*; secùs est, si de *contrahendo*, vel *sustinendo* matrimonio lis sit, fortè, actor semiplenè probaverit, sponsalia contracta esse, hoc enim casu ad Juramentum suppletivum admittendum esse actorem, testes sunt *Panormit. in cap.* 84. *num.* 7. *de Jurejur. Pirrhing. d. loc. num.* 97. *Gail. cit. lib.* 2. *obs.* 94. *n.* 12.

V. Ut Juramentum necessarium locum habeat, requiritur, ut semiplena probatio (quam *suprà* diximus, requiri) contraria aliqua præsumptione dilui non possit. *Bald in l. Cod. qui, & advers. quos*; *&c. Mynsing. loc. cit. Sutting. obs.* 146. *num.* 3. *Mascard. vol.* 2. *Conclus.* 958. *num.* 23.

Unde *Infertur* I. non deferri hoc Juramentum, quando adversario dolus objiceretur, nam, contra semi plenam probationem doli obstaret præsumptio bonitatis, *Masc. d. loc.*

Infertur II. non deferri, quando quis vellet probare, sibi aliquam rem donatam esse, non proponeretur causa, qua verisimiliter donansfuisset inductus, obstat enim generalis præsumptio, neminem præsumi jactare suum. *Mascard. d. lo. n.* 25. ubi adhuc aliquos casus recenset, in quibus juramentum ob præsumptionem, ei refragantem, locum non habet. Cæterùm, tametsi Juramentum necessarium ei, cui dolus objicitur, deferri nequeat, in ordine adhoc, ut reus condemnetur, poterit tamen Reo deferri Juramentum purgationis. *Mascard. loc. cit. n.* 29.

Difficultate non caret, *cuinam sit deferendum Juramentum*, *suppletorium actori*, 109

ri, *an Reo?* In tam varias opiniones hac in re divelluntur AA. ut, arduum esse, videatur certi quid statuere, & hinc *Suttiug. cit. obs.* 146. *n.* 4. positum (*ait*) esse in Judicis potestate, actori, an reo deferre velit Juramentum? prout ei æquitas pro eruenda veritate suggerit. Verùm enimverò cùm Judici incumbat, arbitrium suum regulare, & gubernare secundum terminos, & tramites Juris, ac æquitatis, *l.* 1. *ff. de Usur. Carpzov. in pract. crimin. part.* 3. *q.* 20. *n.* 4. *Menoch. de arbit. Jud. Q. lib.* 2. *cauf.* 270. *n.* 4. Ideò Judici attendendum esse, existimo, num Reus penitus nihil probaverit, & actor semiplenè, num uterque semi plenè probaverit? Si actor semi plenè intentionem suam prebaverit, & Reus nihil præstiterit? actori deferendum erit, cùm Judex prudenter opinari possit, meliorem esse actoris, quam Rei causam. Sin verò æqualis sit utriusque probatio? Reo Juramentum deferat, necesse est, in causa enim dubia favorabiliores sunt partes Rei, quàm actoris, *l.* 125. *ff. de R. J.* Ita re ipsa tenent *Funstervald. lib.* 2. *obser.* 65. *per tot. P. Engel. ad Decretal. de Jure Jur. n.* 37. *Fach. lib.* 1. *cont.* 18.

110 Ex hactenus *deductis* patet, quæ sint inter Juramentum *necessarium* & *judiciale* differentiæ. I. Quod judiciale possit referri; necessarium non etiam *c. ult.* ✠ *de Jure Jure Berlich. part.* 1. *Concluf.* 53. *n.* 65. II. Judiciale deferatur à parte parti, necessarium verò à Judice. III. Quòd Juramentum judiciale ita habeatur pro veritate, ut sententia desuper lata, propter instrumenta, noviter reperta, non retractetur; secus, si, lata sit super Juramentum necessarium, hoc enim casu ob Instrumenta, noviter reperta: sententia retractari potest *l.* 31. *ff. de Jure Jur. c. ult.* ✠ *eod.* Ratio differentiæ est, quia Juramentum judiciale ex consensu utriusque partis emittitur, ut videatur esse species transactionis, quæ propter Instrumenta, noviter reperta, non retractatur, *l.* 19. *Cod. de transact.* necessarium verò defertur à Judice, altera parte enim invita. *Schneid. n.* 42. *Zoes. ff. de Jure. n.* 45. & 52.

De jure-Jurando In Litem.

Juramenti necessarii species est Juramentum *in litem*, ab etymologia nominis ideò tale dictum, quia in ipsam litis seu Rei, in Judicium deductæ, æstimationem concipitur, unde etiam litis æstimatio, & Juramentum, litis æstimatorium, appellitatur. *P. Konig. ad Decret. de Jure Jur. part.* 5. *n.* 91. *Hannold. tom.* 5. *tract. cap.* 6. *num.* 1071. *Definitur*, quòd sit illud, quod res in Judicium deducta æstimatur *arg. l.* 1. & *seqq. ff. de in lit. jurand. Zoes. ff. eod. n.* 1. Hoc Juramentum plerumque tùc locum habet, quando ab adversario contumaciter, & dolo malo res vel non exhibetur, vel non restituitur, aut dolo ejus factum est, quò minus exhiberi, vel restitui possit. *Wesenb. in parat. ff. de in lit. Jur.* 111

Deferri autem hoc Juramentum in litem solet tripliciter, I. ad probandam veram æstimationem rei, in Judicium deductæ, *l.* 2. §. 1. *ff. de in lit. Jur.* & *l.* 68. *ff. de R. U.* & vocatur Juramentum veritatis, ut ecce: Titius debet mihi equum in specie, ego aliquoties, equum mihi restitui, petii; at Titius dolo malo equum non restituit, & post moram restituendi equus periit. Ego peto æstimationem istius equi: cùm verò illam per testes probare nequeam, sic Judex defert mihi Juramentum in litem, hoc est, ut ego jurem de vera litis æstimatione, 112

quanti

quanti nimirum secundum verum rei valorem mea interfit, equum periisse, *Schneid. n. 39. Inst. hic.*

II. Solet deferri, ad probandam rei aestimationem, non secundum veritatem quanti scilicet res communi aestimatione valet, sed ratione interesse singularis secundum affectionem ipsius actoris. Ecce: Commodavi tibi Codicem mihi valde charum, tu, non obstante quò per sententiam Judicis ad restitutionem condemnatus fueris, contumaciter tamen non restituis, sed dolo malo dilaceras codicem, qui in rei veritate non valet 4. fl. ego tamen potiùs carere vellem 20. fl. quàm isto codice, & de hoc pretio affectionis ego juro. Quòd si juraverim, Judex reum condemnare debet in summam juratam; ita tamen, ut si Judex summam juratam credat esse exorbitantem, jam ad summam verisimilem moderari possit. *l. 4. §. 2. & 3. ff. de in lit. jurand.* H unol. *loc. cit. num.* 1115. Struv. *Exercit. 17. lib. 12. tit. 3. Thes. 66. & 67. Schneid. loc. cit. num.* 36. *Zoes. ff. de in lit. jurand. n. 5.*

Q. *an Judex reum ultra duplum veræ æstimationis condemnare possit?* Ratio *dubitandi* I. desumitur ex *l. un. Cod. de Sentent, quæ pro eo, quod interest, &c.* ubi Judici præcipitur, ne taxando interesse,

113 excedat duplum veræ æstimationis.

II. Ex *l. 33. ff. ad leg. Aquil.* ubi in hac verba disertè rescribitur: *Si servum meum occidisti, non affectiones æstimandas esse, puto (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Oedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum; sed communiter fungi.* Ex hoc *Textu* forsan *Schneid. loc. cit. num.* 37. & *Bartolus* in *d. l. un. Cod. de sentent.* fuere moti, quòd autument, in Juramento affectionis Judicem, taxando Interesse, ultra duplum vero æstimationis non posse excurrere.

Verùm, maneat sua *Schneidwino*, & *Bartolo* fides, mihi màgis arridat altera opinio, quæ sustinet, Judicem in Juramento affectionis, taxando interesse, duplum veræ æstimationis excedere posse. Ita docent *Haunol. loc. cit. n.* 1118. *Struv. d. loc. th 67. lit. A. Facit.* huc *l. l. 8. ff. de in lit. jurand.* ibi: *non est æquum pretio (id est, quanti res est) litem æstimari cùm* NB. *& contumacia punienda sit, & arbitrio potiùs domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori, in litem jurandi, concessa. Facit. II.* Ratio, quia alioquin sequeretur, quòd quis compelli posset, rem suam duplo justi pretii vendere, quod absurdum foret. *Sequela prob.* nam per Juramentum, quo res æstimatur, censetur vendi res æstimata, quia æstimatio est venditio *Haunold. loc. cit.*

Non *obstat* prima *dubitandi* ratio; enim vero *d. l.* loquitur de interesse, non de æstimatione affectionis, quæ utique potest interesse excedere. Deinde, id, quod interest, de quo igitur in *d. l. un.* multùm differre ab eo, super quo in litam juratur, manifestè docet, *l. 64. ff. de jud.*

Altera *dubitandi* ratio facili etiam labore diluitur; enimverò *d. l.* 23. intelligenda est de casu, quo reus in restituenda contumax non fuit; secùs, si fuerit, contumax, contumacia enim, vel dolus facit; ut Judex ultra duplum veræ æstimationis Reum condemnet, *l. 1. ff. de in lit. jurand.* ibi: *non enim res pluris fit per hoc: sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium. Haunold. loc. cit. num.* 1079. Itaque, quòd Judex in Juramento affectionis, taxando interesse duplum veræ æstimationis possit excedere, hæc potissima videtur esse ratio, ut nimirum contu-

nimirum contumacia, vel dolus rei, rem non restituentis castigetur. *Zoes.ff.de in lit. jurand. num.* 1. vide etiam *Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 21. *th.* 11. *Q.* 44. & 45.

114 III. Deferri solet Juramentum in litem ad æstimationem interesse singularis extra rem, ut ecce, deposui penes te 100. fl. quos ad petitionem meam, non restituisti, ita, ut contra te moverim actionem depositi, & Judex te ad restituendum condemnaverit. Sed jussui Judicis non obtemperas; ego propterea incidi in pœnam, quia Titio sub pœna 100. fl. promisi, quòd 1. *Februarii*, ipsi velim debitos 100. restituere. Hoc in casu defertur mihi Juramentum in litem, ratione interesse singularis extrinseci, id est, extra nummos, ut jurem de damno, propter contumaciam tuam mihi illato. *Schneid. loc. cit. n.* 37. *Harnold. loc. cit. num.* 1078. His latiori fortè, quàm par erat, discursu excussis, tandem propiùs ad actionem in factum ex Jure Jurando, quæ in hoc §. 11. tractatur, juvabit accepisse. Cujus figurari potest talis.

115 Casus: vendidi tibi equum 60. fl. cùm autem pretium peterem, contendisti, equum tibi 50. fl. fuisse venditum. Ego id *nego*; tu defers mihi juramentum in Judicio. Judex, advertens contractum, remotis arbitris, esse celebratum, Juramentum approbat, illudque ego accepto, & juro equum fuisse venditum 60. fl. Tu ex post facto adhuc 60. fl. solvere, temere retractas. Q. quomodo contra te experiri possim? R. Quòd mihi competat adversus te actio ex Jure Jurando in factum *text. hic.* Quæ concinnè *Definitur* quòd sit *actio prætoria, personalis, quæ: datur illi qui legitimè juravit, sibi aliquid deberi, contra deferentem ad hoc, ut debitum solvatur; vel res una cum fructibus, & accessionibus restituatur. Manz. Inst. hic. num.* 25. Dixi I. *Prætoria*, quia Prætor illam introduxit *text. hic.* Dixi II. *Personalis*, quia non ex dominio nascitur, vel ex Jure, quod quis habet ex re, sed ex Jurejurando, quod speciem habet transactionis, *l.* 1. & 2. *ff. de Jurejurand. Harp. n.* 3.

Cui competat? Datur actio in factum 116 ex Jurejurando ei, qui deferente adversario, juravit, rem suam esse, vel sibi deberi, *l.* 9. §. *fin. l.* 11 §. *ff. de Jurejurand.* Item etiam datur ei, cui, ad Jusjurandum parato, Juramentum ab adversario remissum est, *d. l.* 9. §. 1. paria enim sunt jurare, remitti Juramentum, *l.* 5. §. *ult. ff. eod. Manz. num.* 28.

Contra quem competat? Competit hæc 117 actio contra illum, qui Juramentum detulit, & ejus hæredes, *d. l.* 9. §. *fin.* hæres enim una, eademque persona est cum defuncto, defunctus detulit, ab ipso hærede delatum esse, intelligatur *arg. l.* 22. *ff. de Usurpat*, & *usucap.* Cæterùm, hæc actio adversus tertium possessorem non datur in casu, quo postulante adversario, juravi, rem ab illo possessam, meam esse, & res per alienationem devenit ad tertium, *d. l.* 9. §. *ult.* & *l.* 11. *eod.* Ratio fundamentalis est hæc, quia hæc actio personalis est, *ergo* personam ejus, cui Juramentum delatum est, non egreditur, prout in simili diximus ad *princip. hujus Tit. de actione personali Manz. num.* 39. *Schneid. n.* 111.

Quæ sint Requisita Actionis in factum ex 118 *Jure Jurando?* I. Requiritur, ut Juramentum jurandi delatum fuerit, & ab eo postulatum. Unde? si quis juraret ultrò, nemine id postulante, aut Juramentum deferente; sibi tantum juraret, & hanc Actionem non sibi pateret, *l.* 3. *ff. de*

ff. de Jure Jurand. imò talis, qui illicò se ad Juramentum defert, se suspectum redderet *Schneid. num.* 72. *Manz. num.*
119 21. II. Requiritur, ut Juramentum præstetur, judice id approbante. Ratio, quia quandoque partes ad jurandum faciles sunt, nec perpendunt gravitatem rei, *l. Generaliter* §. 1. *Cod. de R. C.* ne *ergò* committantur perjuria, approbatione, & authoritate Judicis opus est. *Manz. n.* 32. III. Requiritur, ut Juramentum in continenti acceptetur, quale etiam dicitur, si is, cui delatum, dilationem ad deliberandum petierit. *Schneid. n.* 78. *Mynsing. n.* 19.
120 *Ad quid competat?* Competit hæc actio ad hoc, ut debitum solvatur, vel res petita restituatur cum omni causa. Et cùm Juramentum interponi possit, tam in actione *reali*, quàm in actione *personali*, ideò sequitur naturam illius actionis, cui adjectum est. *Schneid. n.* 115.
121 Illud in aleam *Controversiæ* rapitur, an, *si is, contra quem juratum est, dicat, actorem perjurasse, & perjurium probare velit, audiendus, & Juramentum retractandum sit?* Dixeris primo fronte, quòd *sic.* I. Quia aliàs jurans ex delicto actionem consequeretur, adeoque reportaret lucrum ex sua malitia quod absurdum foret, *l.* 12. §. 1. *de furt. l.* 14. *Cod. eod.* II. Quia delicta non debent manere impunita, *l.* 41. §. *ult. ff. ad leg. Aquil.*

Verùm, his non attentis, ℞. adversarium, qui, jurantem pejerasse, ait, audiendum non esse, neque causam; Juramento semel determinatam, prætextu perjurii, aut per Instrumenta, noviter reperta retractari posse, *l.* 31. *ff. de Jure Jur.* Ratio sola est, quia post Juramentum semel præstitum, non ampliùs de debito, sed tantùm interrogatur, an juratum sit? *l.* 5. §. 2. *ff. de Jure Jurand.* & Juramentum habet vim Transactionis, *l.* 21. *ff. de dol. mal.* quæ semel perfecta, nec probationem in contrarium, neque appellationem recipit, *l.* 12. §. 3. *Cod. de R. C. Manz. num.* 44. *Schneid. num.* 114. *Harp. n.* 14.

Ad I. ℞. Jurantem non ex sua improbitate: sed ex conventione, quæ Jurijurando inest, actionem consequi, voluit enim, ut sub hac conditione, si alter juraret, rem suam esse, vel sibi deberi, causa decideretur, conditione proinde impleta, non est iniquum, actionem competere, volenti enim non fit injuria. Ad II. ℞. perjurium non manere impunitam; tametsi facultas, Juramentum retractandi, non concedatur, quidem aliæ pœnæ adversus eum, qui perjurium commisit, constitutæ sunt, de quibus vide *Menoch. lib.* 2. *de arbit. Jud. cent.* 4. *cas.* 319. *D. D. ad* §. 1. *Inst. de pœn. temer. litig. Harp. n.* 16.

§. Poenales. 12.

Postquàm expositæ sunt actiones Prætoriæ *reales* & *Personales*, recta methodo subjiciuntur *pœnales*, quarum tres occurrunt, puta, *de albo corrupto, actio de non in Jus vocando parentem*, vel *patronum.* Et *actio de in Jus vocato, vi exempto.*

Actio de albo corrupto *definitur*, quod sit *actio Prætoria, pœnalis, in factum, competens cuilibet de populo contra eum, qui id, quod in albo: seu tabula gysata & dealbata à prætore propositum est, per se, vel per alium dolo malo, corrupit, vel amovit, ad pœnam* 50. *aureorum, actori applicandam, l. Si quis. ff. de Jurisdict. Harp. n.* 10. Hodie hæc actio tunc locum habet, si qui *Mandata, Edicta, Decreta*, aut alia *Programmata*, à Magistratibus *portis* vel *valvis Ecclesiæ, Curiæ*, vel *Academiæ* affixa, corruperunt, avulserunt, aut dilacerarunt, & pœna est extraordi- 122

Keer ad Institut. Kkkk

traordinaria *Zoes. ff. h. t. Chlingensp. Inst. hic. Q.* 63.

Actio de non in Jus vocando *definitur* quod sit *actio Prætoria, pœnalis, qua in* 50. *aureos tenetur, qui parentem, vel patronum sine permissu Prætoris in Jus vocavit text. hic. l.* 4. & *l. ult. ff. de in Jus voc.* Hodie ista actio nullum ampliùs usum habet, eò quòd ille modus, in Jus vocandi, qui Jure veteri manu injectia & (ut ajunt) obtorto collo exercebatur, in usu esse desiit. Imò, hoc ipso, quòd Judex quem ad instantiam alicujus citet, venia intelligitur impetrata. *Cujac. lib.* 1. *obs.* 10. *Zanger. lib.* 2. *de except. cap.* 7. *num.* 9. ubi sub *n.* 30 addit, quòd, si pater hac exceptione non impetratæ veniæ hodiernis moribus uti velit, ea non attenta, litis contestatio ipsi imponatur.

Actio de in Jus vocato, vi exempto, describitur, quòd sit *actio prætoria, pœnalis in factum: competens contra eum, qui aliquem, in Jus legitimò vocatum, vi exemit, vel detinuit, vel dolo malo fecit, ut vi eximeretur. ad hoc, ut actori præstet non id duntaxat, quod in veritate est sed tantum, quanti res controversa ab actore, prævio Juramento in litem, de affectione æstimata fuerit l. pen.* §. 1. *ne quis eum, qui in Jus voc. Harp. n.* 38. *Schneid. n.* 72. *Brunnem. in d. l. pen.*

§. PRÆJUDICIALIS. I?.

Actiones *præjudiciales* exinde tales no-
124 minantur, quia præjudicant aliis quæstionibus, inter reum, & actorem controversis, quæ, ante causam status decisam, dirimi non possunt, ut ecce, mortuus est patruelis meus, cujus hæreditatem cùm solùs adire vellem, inter venit Titius, contendens, ut cum ipso dividerem hæreditatem. Ego *nego* illud cognatum, vel ab intestato hæredem esse. Ista *Cognitio*, num Titius cognatus, & ab intestato hæres sit; *præjudicialis* dicitur; præjudicat enim quæstioni controversæ; puta, *num. hæreditas cum Titio dividenda sit?* in tantum, ut decidi nequeat, donec quæstio præjudicialis decisa sit. *Manz. n.* 4. & 5. *Harp. n.* 1. ubi ait, hoc etiam in casu actionem præjudicialem sortiri locum, v. g. Pater petit alimenta à filio; filius negat patrem suum esse, qui alimenta petit. Ecce, hic, priusquàm decernantur alimenta, decidenda est quæstio præjudicialis, *num is, qui alimenta petit, pater sit, nec ne?* Porrò, tametsi innumeræ in Jure nostro cognitiones præjudiciales reperiantur; hoc tamen loco tres præcipuè tractantur, & quidem.

Prima actio præjudicialis est, in qua Q. de libertate, *liber sit quis, an servus*? ut ecce, petit aliquis à me operas, tanquam liberto; ego autem nego, me libertum esse. Hæc cognitio, an libertus sim, debet præcedere cognitionem, & decisionem, an tenear, ad operas, & cùm talis cognitio priùs fieri debeat, ideò præjudicat actioni, qua possem compelli, ad operas præstandas. *Schamb. Inst. hic.* Hodiernis moribus, quibus prædura Tyrannis, servitus, inter Christianos exulare, jussa est, hæc actio præjudicialis *directa*, locum ampliùs non habet. Dixi *directa*; *utilis* enim conceditur *Principibus, comitibus, Nobilibus, & Dominis* prædiorum adversus *Rusticos, Colonos, Censitos*, & Homines proprios in casu, quo à longo tempore præstiterunt operas Serviles, & posteà sine consensu, & dimissione migrarunt in aliam Civitatem, ubi se pro liberis hominibus gesserunt, & Dominum suum abnegarunt, adhoc, ut Judex ejusmodi censitos proprios declaret, & ad servitia debita condemnet, donec doceant, se legitimè dimissos esse. *Manz. n.* 16.

Secunda

Secunda actio præjudicialis est, per quam cognoscitur an aliquis sit *libertus?* vel *ingenus*? Competit *Patrono* contra *libertum*, qui se gerit pro ingenuo; & econtra datur ipsi *liberto* contra *tertium*, tractantem eum, ut *libertum*; cùn tamen *ingenuus* sit. *Manz. n.* 4. *hic*. Hodie hæc actio præjudicialis de ingenuitate *directa* locum non habet. *Utilis* tamen datur modernis *Dominis*, qui *Rusticos* suos, vel Homines proprios manumiserunt, & eis liberam facultatem, à suis prædiis migrandi, concesserunt, cùm etiam hi Dominis suis honorem debeant, *l.* 2. *Cod. de in Jus voc. Gail. tract. de Arrest. Imp. cap.* 8. *n.* 19.

Tertia actio præjudicialis est de *partu agnoscendo*, per quam Q. *num. aliquis filius sit, necne*? Et quidem hæc actio præjudicialis datur *Patri* contra *Filium*, negantem, se Filium esse; & econtra *Filio* adversus *Patrem*, negantem, se esse Patrem. Ut ecce, Joannes, Filius Petri, acquirit aliquam hæreditat m, quam Pater ad se recipit, usumfructum, tanquam ex bonis adventitiis, inde percepturus. Joannes negat, se Filium Petri esse. Hoc in casu datur Petro actio præjudicialis, qua petit, ut Judex eum declaret, legitimum Patrem, & Genitorem Joannis esse, eumque condemnet ad debitam reverentiam, & obedientiam, & ut patiatur, eum hæreditate uti, & frui. *Manz. n.* 3. *Zoes. Inst. hic. n.* 12. & 13. Filio contra Patrem Actio hæc præjudicialis datur hoc in casu: Petrus negat alimenta Joanni, dicens, Joannem Filium suum non esse. Hic Joannes potest intentare hanc actionem præjudicialem, ac petere, ut declaretur Filius Petri, adeoque Petrus condemnetur, ut agnoscatur Joannes pro filio, eique alimenta præstentur. *Chlingensp. Inst. h. t. q.* 70. *Quomodo vero filiatio probetur*? fusissimè tractat. *Mascard. de probat. vol.* 2. *concl.* 789. & *plu ibus seqq.* Ex quo illud, memoria dignum existimavi, nimirùm, natum ex uxore in domo mariti, cum ea cohabitantis, in tantùm præsumi, filium, esse legitimum, ut Matri, neganti, illum esse filium mariti: natumque esse ex adulterio, non credatur per *cap. Per tuas.* ✠ *de probat.*

§. Sic Itaque. 14.

Tametsi (*regulariter*) nemo possit adversùs alterum actione personali experiri, qui, rem suam esse, asserit; sed potiùs debeat intentare actionem realem. Nihilominùs tamen, singulari odio furum, receptum, constitutumque est, ut dominus contra furem Actione etiam personali (puta, *conditione furtiva*) experiri possit *text. hic*. 125

Dices; in actione personali petimus, nobis rem dari, instituitur enim omnis Actio personalis sub ista formula: *ajo, te, mihi dare, oportere*; atqui fur dare non potest, dare enim translationem dominii significat, quod non habet fur, *ergò* ℞. Hoc non obstante, contra furem actionem personalem (puta, condictionem furtivam) rectè intentari *text. hic*. &, tametsi hanc Imperatoris decisionem nonnulli mirentur, & varias desuper difficultates, & inutiles moveant subtilitates, ac variis laborum tricis se implicent; dicendum tamen est, speciale esse in condictione furtiva, ut contra illum detur, quem ajo, non dare oportere, sed restituere. Specialitatis autem ratio in singulari odio furtum posita est. Ita *Schneid. n.* 1. *Harp. n.* 9. & *plures*, ab his *allegati*.

Dices: adversùs furem datur Actio *furti* ad pœnam *dupli*, vel *quadrupli*. Item *Rei vindicatio*, ergò condictio furtiva otiosa est, & supervacanea ℞. *con.* 126

Kkkk 2 *ant.*

ant. neg. conseq. Tametsi enim Dominus contra furem actionem furti intentare queat; hanc tamen eligere non vult, quia pœnalis est ad quadruplum, vel duplum, & præterea infamat, potest enim velle mitiùs cum fure agere, adeoque condictione furtiva experiri, quæ infamiæ non est irrogatoria. *Schneid n.* 7. Deinde Rei-vindicationem fortè ideò intentare tenuit, quia in ea dominium probare debet, quæ probatio difficilis est, ita mavult intentare, & movere condictionem furtivam, in qua aliud necesse non est, quàm, ut doceatur, rem furto sublatam esse. *Manz. n.* 20.

§. APPELLAMUS. 15.

Ex *hoc.* §. illud pro ornatiori loquendi norma *notandum*, Actiones in rem proprie nominari *Vindicationes*, in *personam* verò *Condictiones*, *l.* 25. *ff. de O. & A.* rationes hujus *differentiæ* accumulat *Manz. Inst. hic.*

§. SEQUENS. 16.

127 Huc usque absolvimus *duas* Actionum *divisiones*, nempe, quòd I. Actiones aliæ sint in *Rem*, aliæ in *Personam*. II. Aliæ sint *civiles*, aliæ *Pretoriæ*. Sequitur nunc *tertia* Actionum *Divisio*, quæ talis est, quòd aliæ actiones sint *rei persecutoriæ*, aliæ *pœnæ persecutoriæ*; aliæ *mixtæ*. Differunt ab invicem I. Quia actiones pœnales lapsu *unius anni* extinguuntur, rei persecutoriæ verò sunt *perpetuæ*, hoc est, durant 30. annis §. 1. *Inst. de perpet. & temp. act.* Actiones rei persecutoriæ transeunt in hæredes *activè* & *passivè l.* 49. *ff. de O. & A.* actiones verò pœnales neutro modo transitoriæ sunt, maleficia enim suos debent tenere authores, *l.* 22. *Cod. de pœn.* & hæres ex delicto defuncti non tenetur. *l. un. Cod. ex delicto defuncti.* *Dices*: si ego ita stipuler: dabisne mille intra 14. dies; & nisi deberis, dabisne 100. pœnæ nomine? actio transit ad hæredes, *l.* 68. *ff. d. V. O.* ergò etiam actiones pœnales transitoriæ sunt ad hæredes. ℞. *con. ant. neg. conseq.* Suppositum enim falsum est, actionem ad pœnam, ex conventione partium debitam, esse pœnalem; rei enim persecutoria est, sicuti sunt omnes, quibus pœnam, ex conventione debitam, persequimur. *Harp. n.* 5.

§. REI PERSEQUENDÆ. 17.

Actiones, rei Persecutoriæ, dicuntur illæ, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, sive id nostrum sit, & ab alio possideatur, sive nobis debeatur. *Harp. n.* 2. *Schneid. num.* 3. clariùs rei persecutorias actiones describit *Manz. n.* 1. dicens: esse illas, quibus persequimur non pœnam, sed vel rem nostram, vel nobis debitam. Unde *Infertur*: omnes actiones reales, quas *suprà* longa serie enumeravimus, v. g. *Rei vindicationem*, actionem *confessoriam*, *negatoriam*, *Publicianam*, *rescissoriam*, *Paulianam*, *Servianam*, esse rei persecutorias, quia in omnibus petimus id, quod nostrum est, vel nobis debetur. Item actiones personales, quæ ex contractu; vel quasi contractu nascuntur, *ferè* omnes rei esse persecutorias, per illas enim, *ferè* omnes rem, nobis debitam, persequimur, sicuti est actio *mutui*, *commodati*, *depositi Mandati*, *pro Socio*, *empti venditi*, *locati conducti &c.* Perez. *Inst. hic.* Dixi: *ferè omnes*, quia actio depositi, licet ex contractu descendat, & personalis sit, in certis tamen quibusdam casibus, tam ad rem, quàm ad pœnam competit, videlicet tunc, quando quis *incendii*, *ruinæ*, *naufragii*, aut *tumultus tempore* res suas apud alterum deponit, depositarius autem dolosè inficiatur, 128

ciatur. Hoc in casu, ob pœnam mendacii, actionem in duplum concedit, *l.* 18. *ff. depositi. Schamb. Inst. hic.*

§. Ex Maleficiis. 18.

129 Actiones *pœnæ persecutoriæ*, dicuntur illæ, quibus actor petit, quod nec sibi *abest*, nec Reo *abest*. Quò spectat actio *furti manifesti*, & *nec manifesti*, quæ merè pœnalis est, ita ut res furtiva non insit duplo; aut quadruplo: illa enim per alias actiones, rei persecutorias, petitur, aut condicitur. *Cui*, & *adversus quem*? & *ad quid actio furti competat*? vide *Tit.* I. *suprà hoc. lib. per tot.* Illud tamen *memoria* non excidat: nostris moribus pœnam *dupli*, vel *quadrupli* ab *usu* penitus recessisse, sed fures, puniri vel pœna *corporis*, vel *pecuniæ*, pro qualitate furti.

De Jure consuetudinario Austriaco, *Wann der erste Diebstahl* i. e. *Ubi furtum primum ad* 25. *fl. vel suprà ascendit, aut plura concurrunt furta, vel fur jam anteà furti parvi pœnam bis tulit, nec tamen se emendavit, ast furtum denuo commisit: quanquam id minus fuerit ac* 25. *fl. debet in masculum laqueo, in feminam gladio animadverti. Ubi autem furtum minus est ac* 10. *fl. nec iterùm patratum, vel aliæ adsunt mitigandi circumstantiæ, tunc pœna ex arbitratu judicis est irroganda.*

§. Vi Autem. 19.

Hoc §. tractantur actiones *mixtæ*, quibus partim *pœnam*, partim *rem* ipsam persequimur, quales hic recensentur *tres*: puta actio *vi bonorum raptorum*, actio *legis Aquiliæ*, & actio ex *testamento* competens pro *legatis*, quæ *venerabilibus* locis relicta sunt. Quid sit actio vi bonorum raptorum, & legis Aquiliæ? cui? adversus quem? & ad quid competant? abundè dictum est *suprà Tit.* 2. & 3. Actio verò personalis ex *Testamento* licèt (*regulariter*) ad *simplum* competat, in *duobus* tamen *casibus* ad *duplum* datur. I. Quando hæres negat, legata relicta esse venerabilibus locis. II. Quando legata id genus locis relicta, solvere & præstare differt, donec conveniatur coram Judice. *Schneid.* & *DD. hic.* De Jure Austriaco hæc actio, quatenus pœnalis est, locum habere, non videtur, cùm aliud non desideretur, quàm ut legata ad pias causas præ omnibus aliis illicò solvantur. *Walter de Jure consuet. Austr. lib.* 2. *tit.* 48. ibi: *Zum vierdten sollen die Geschaffte*, i. e. *quartò, debent legata, quæ testator propter Deum vel animæ salutem relinquit, ante cætera omnia legata solvi.*

§. Quædam. 20.

Sunt adhuc quædam aliæ actiones, quæ *mixtæ* vocantur; non quidem hoc sensu, quasi partim *rem*: partim *pœnam* persequantur; sed, quia partim in *rem*: partim in *personam* directæ sunt, quarum *tres* occurrunt, puta *familiæ Herciscundæ*, *communi dividundo*, & *finium regundorum*.

Casus *Actionis Familiæ - herciscundæ*. 132 Debitum naturæ persolvit ante duos menses *Sempronius*, nullo condito testamento, & reliquit post se duos fratres germanos. Hi ab intestato defuncti bona occuparunt, & hæreditatem per aliquod temporis spatium pro indiviso possederunt. Ast, cùm, durante communione, variæ inter eos orirentur discordiæ, *senior* Frater, hæreditatem dividi, petiit; *junior* verò id recusavit. Q. *quomodo ad Divisionem compelli possit*? R. per actionem *Familiæ - herciscundæ*, circa quam *Observa*, Familiam *hic* nihil aliud denotare, quàm hæreditatem; *herciscere* verò idem esse, quod dividere, ut sensus

 sit:

sit: actio *Familiæ hercifcundæ* est actio *Hæreditatis dividendæ. Definitur*, quòd sit actio civilis, *mixta, duplex, quæ datur hæreditatem, inter ipsos dividendam.* Dixi I. *Civilis*, quia descendit ex *Leg. XII. Tab. l. 1. ff. Familiæ hercif. Zoef. ff. Familiæ hercif. n. 2.* Dixi II. *Mixta*, quia partim in *Rem* est partim in *Personam*. In rem esse dicitur, quia respectu portionis meæ ago ad id, quod meum est, & sic in rem. In personam esse dicitur; quia omnes illæ actiones, personales esse dicuntur, per quas petimus id, quod nobis debetur ex *Contractu*; vel *quasi*, ex *Delicto*, vel *quasi*. Unde, si alter fructus ex hæreditate solus perceperit, peto, mihi dimidiam partem præstari. Si ego expensas solus fecerim, peto eas pro rata mihi refundi. Si dolo, aut culpa lata, & levi aliquid amissum vel deterioratum sit, resarciri *Struv. lib.* [illegible] *exercit. 15. tit. 2. th. 13. lit. D. Schneid. n. 4.* Dixi III. *duplex*, quia unusquisque hæredum & rei & actoris partes sustinet, ille tamen, sicuti in omni *Judicio duplici*) pro actore habetur, qui primus ad Judicium provocat, *l. 2. §. 1. ff. commun. divid. l. 13. ff. de Jud. Manz. n. 10.*

133 *Cui competat?* Quandoquidem hæc actio duplex est, *directa*, & *utilis*. Ideò sciendum, quòd directa detur cohæredi de Jure civili, sive ex testamento, sive ab intestato, *l. 2. & 3. Familiæ hercif.* Utilis verò datur I. *hæredibus* de Jure *Prætorio* tales existentibus II. *Fidei-commissariis l. 24. §. 1. l. 40. & l. 49. ff. eod. Struv. loc. cit th. 4.*

134 *Contra quem competat?* Tametsi hæc actio *mixta*, hoc est, partim in *Rem*: partim in *Personam* concepta sit, non tamen datur contra quemcunque possessorem rerum hæreditarium, sed tantùm inter ipsos cohæredes locum habet, *l. 1. ff. Famil. hercif. Schneid. n. 6.* Unde, si quis *neget*, rem esse hæreditariam, sed *affirmet* esse suam *speciali* titulo, vel *Empti* vel *Præscriptionis*; non datur contra eum actio *Familiæ hercifcundæ*; sed agendum est *Rei-vindicatione*; vel actione *Publiciana. Surdus vol. 3. conf. 345, n. 11. & seqq.* Ratio est, quia hæc actio contra possidentem titulo singulari non datur, *l. 25. l. Quod pro emptore. ff. d. t. Zoef. loc. cit. num. 3. Schneid. n. 6. Brunnem. in d. l. 25. §. 7.*

Quæ sint Requisita actionis Familiæ hercifcundæ? Requiritur, ut actor sit *Cohæres*, & à Reo pro tali agnoscatur. Quòd si, hæres esse, negetur? *disting.* est, *num cum altero hæreditatem possideat nec ne*? Si *prius*? non excluditur ab actione familiæ hercifcundæ; nec opus habet, ut probet, cohæredem esse, cùm præsumptio ex possessione pro eo militet, *Brunnem. in l. 1. ff. famil. hercif.* Si *posterius*? repellitur Exceptione *Præpositerationis*; id est, debet priùs docere esse hæredem, adeoque, recursum suum ad petitionem hæreditatis sumat, necesse est, petetque, se declarari hæredem, quo obtento poterit deinde descendere ad actionem familiæ hercifcundæ. *Manz. n. 11.* Illud extra aleam *Dubitationis* est, actionem, *familiæ hercifcundæ* cumulari posse cum *petitione hæreditatis*, hoc est, posse, actorem petere, ut declaretur *Hæres*, & *Divisio hæreditatis* fiat, *Schneid. n. 10. Brunnem. in d. l. 1. Struv. loc. cit. th. 5. l. G. II. Requiritur*, ut cohæredes possideant hæreditatem pro indiviso, siquidem, si testator divisionem fecerit, standum erit divisioni, *l. 10. Cod. fam. hercif.* 135 136

Ad quid competat? Actio familiæ hercifcundæ datur, ad hæreditatem dividendam; sive ex testamento, sive ab intestato hæreditas delata fuerit, *l. 2. ff. famil. hercif.*

137 *Q. quomodo facienda sit divisio hæreditatis?* R. Si cohæredes; ratione divisionis, inter se ipsos convenire nequeant, tunc debere Judicem partes suas interponere, ac divisionem facere pro æquo, & bono, *l.* 4. §. 3. *l.* 5. *l.* 16. *l.* 22. *l.* 26. *ff. famil. hercis.* Priùs autem quàm Judex ad divisionem progrediatur, res dividendæ diligenter *consignari*, & *æstimari* debent. *Carpzov. Part.* 3. *Const* 15 *def.* 1. *n.* 2. Quòd si *æstimatio* facta fuerit? tunc faciendæ sunt *Quotæ*, quas singulas singulis hæredibus adjudicat ex officio, *l.* 5. *ff. famil. hercis.* & si partes timeant, ne Judex, affectu privato ductus, uni plus adjecerit, quàm alteri? res sorti committitur. *Struv. Exercit.* 15. *lib.* 10. *tit.* 2. *th.* 9. *lit.* Z. *Schneid. n.* 25 Si verò res sit *individua*? poterit Judex uni ex hæredibus *rem*: alteri verò vel reliquis *pecuniam* adjudicare, *d. l.* 22. §. 1. *dasz derselbe*, qui rem habet, *denen ubrigen Erben*, *nach* Proportion *musse so*, *und so viel herausgeben. Carpzov.* & *Struv. loc. cit.*

138 *Dicta* procedunt de Jure *civili*; aliud obtinet de Jure *Canonum* per *text. in cap.* I. *X de Paroch.* ubi rescriptum est; quòd major dividat, & minor eligat, ad exemplum divisionis, quam ab *Abrahamo* cum *Loth*, fratris filio, sic factam esse, S. Scriptura proditum est *Genes. cap.* 13. ℣. 8. Et hæc canonica Constitutio passim in foro, & Camera observatur. *Gail.* 2. *Obs.* 116. *n.* 4. *Mynsing. cent.* 4. *Obs.* 37. *n.* 1. Imò, *Berlichio teste*, *Part* 3. *Concl.* 21. *n.* 7. generali totius *Germaniæ Consuetudine* recepta est, ita circa divisionem hæreditatis res expedita sit, quòd natu major frater portiones, quales vult, constituat; minor autem, utram velit, eligat. *Gail. loc. cit. n.* 12.

Quem dividendi morem Jus quoque *Austriacum* expressè probat, teste *Waltero de Jure consuetud. Aust. lib.* 3. *Tit.* 96. *Bey Herren und Ritter-Stande*, i. e. *Apud nobiles & Equites, cùm inter fratres agenda divisio est, debet natu major divisionis partes constituere, totidemque diversa divisionis instrumenta (theil ubell) conficere, quot sunt fratres. Ea instrumenta debet natu major minoribus natu fratribus proponere, ut quod velint liberè eligant: quæ electio juxta juris ordinem ab ipsis fieri ita potest, ut natu minimus primo loco, qui proximus huic est ætate, secundo loco eligat & sic porrò gradatim. Ubi autem moras nectit natu major, non statuens partes divisionis, vel natu minor non eligens; valeat tunc in eos judicis auctoritas, faciat que judex divisionem ex officio, si eorum tanta est contumacia.* Cæterùm, si *Fœmina* cum *Masculo* in divisione hæreditatis concurrat? licèt illa natu minor, *dividit* tamen, & masculus *eligit. Carpzov. Part.* 3. *Const.* 15. *def.* 7.

Quod ipsum an & Jure *Austriaco* maneat? *nullibi* desuper potui invenire *Constitutionem*, & impensè optandum foret, ut tandem aliquando determinata de hæreditatibus Constitutio in apricum prodiret. Interim quomodo, in major divisionem debeat constituere? vide *Walter. loc. cit.* ubi ait *Es sollen die Theile* i.e. *Non oportet partes ex voluntate natu majoris constitui: Sed ea ex consuetudine præpositorum judicio (nach herren anschlag) constitui debent & æstimari. Res autem mobiles, veluti clenodia, vasa argentea, & similia, secundum pretium aperitis hominibus juratis dictum æstimantur.* Plura de hac divisione videre possis apud eundem *Walter. Carpzov. loc. cit.* Quibus annumera *Schurpff. cent.* 1. *Consil.* 71. & *Struv. loc. cit. thes.* 11. & *thes.* 16. *per tot.* 139

Actionis

140 *Actionis Communi dividundo* Casus; ego, & *Pamphilus* habemus hortum communem quem nobis *donavit*, vel *legavit* quidam cognatorum. Cùm verò circa fructuum perceptionem frequentes inter nos rixæ orirentur, ideò ego peto, fundum dividi. Pamphilus recusat.

141 *Q. quomodo, mihi contra Pamphilum consultum sit*? ℞. Per actionem communi dividundo, Quæ vulgò *definitur*, quòd sit *civilis*, *mixta*, *duplex*, *quæ inter eos datur*, *inter quos res aliqua particularis communis est*, *ad hoc*, *ut dividatur* &, *quod alteri ab altero præstari æquum est*, *præstetur*. Dixi I. *Civilis*, quia descendit ex *Leg. XII Tab.* & ideò introducta est, quia nemo invitus cogitur manere in communione, eò quòd communio pariat discordias; Reipub. autem interfit, ne inter cives discordiæ sint, *l.* 21. *§. fin. ff. de captiv. & postlim. reversi. Manz. n.* 7.

142 *Dices*: Ad rem communem dividendam datur actio *pro Socio*; aut *familiæ herciscundæ*, ergò hæc actio *communi dividundo* est *otiosa*, & *superflua*. ℞. Actionem pro Socio tunc competere quando res communis est ex *contractu*, aut *conventione*: & actionem familiæ herciscundæ competere, pro dividenda re aliqua *universali*, puta, *hæreditate*: actionem verò communi dividundo sortiri locum, quando res aliqua fit communis non ex conventione, aut contractu, sed *incidenter*, fortè, quando una, eademque res duobus *legata*; vel *donata* fuit; vel, quando una, eademque res à duobus simul *empta* est simpliciter sine affectione Societatis, *l.* 2. *ff. commun. divid. l.* 2. *Cod. pro Socio*.

Dixi II. *mixta*, quia partim *realis*, partim *personalis*. Realis quidem, quantùm scilicet ad portionem suam, quam quis petit. *Schneid. n.* 2. Personalis, quia ex quasi contractu oritur, *§.* 3. *Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* Dixi III. *duplex* quia par est utriusque causa, & uterque rei communis dominus est; actoris tamen loco ille habetur, qui priùs ad judicium provocavit. *Manz. n.* 9.

Cui competat? Hæc actio communi dividundo duplex est, *directa*, & *utilis*. 143 Directa datur illis, qui rem aliquam communem habent, eamque pro indiviso possident, *l.* 1. *ff. commun. divid.* Nec refert, res illa *mobilis* sit, sive *immobilis*. Item, quoquo modo communis; sive causa *Societatis*; sive alia, *l.* 2. *communi. divid.* modo possessio non sit injusta, *l.* 7. *§.* 4. *ff. eod.* ubi inter prædones hæc actio non datur. *Zoes. ff. d. t. n.6. Manz. num.* 12. Utilis datur *emphyteutæ Usufructuario d. l.* 7. *§. Si duo.* Item ei, qui in fundum, quem credidit, sibi esse communem cum Titio, communis erat cum Sejo, expensas, vel sumptus fecit, *l.* 6. *ff commun. divid. Zoes. loc. cit. Schamb. Inst. de Oblig. quæ ex Quasi Cont. §.* 4.

Contra quem detur? Datur contra illum, qui rem communem possidet, ad 134 hoc, ut res communis dividatur, & reus ea præstet, quæ præstari æquum est; puta, fructus, quos fortè solus percepit, dividat & expensas pro rata refundat, damna quoque, ex dolo lata, & levi culpa illata, resarciat. *Struv. lib.* 10. *Tit.* 3. *Exercit.* 15. *thes.* 23. Disceptatur; *an pater in testamento possit præcipere*, *ut filii in perpetua maneant communione*? Vide *Harp. Inst. de Oblig. quæ ex quasi cont. §.* 3. *num.* 48. & *Schneid. Inst. hic. n.* 21.

Casus *Actionis finium regundorum*. Habeo, agro tuo confinem, agrum, qui per terminos lapideos invicem discreti sunt. Tu arando evellis limites lapideos, & præterea aratrum ultrà, quàm decet, in

in meum agrum infers. Ego peto ut novi termini ponantur; tu recusas. Q. *quomodò mihi consulatur?* R. Per actionem finium regundorum, quâ ego peto, ut novi termini, id est, *Neue March Stein* ponantur, & Sempronius condemnetur, ne deinceps aratrum suum ultra limites exerceat; & partem occupatam mihi restituat.

145 Unde *Definitur* actio finium regundorum, quòd sit *actio civilis*, *mixta*, *duplex*, *qua inter eos agitur*, *qui confines agros habent*, *ad constitutionem novorum terminorum*, *vel reparationem antiquorum*, *item ad præstationem fructuum*, *& interesse. Manz. & Schneid. Inst. hic.* Unde suâ sponte fluit, quòd *regere* hic nihil aliud significet, quàm *dividere*, *discernere*, vel fines in pristinam formam restituere, *Zees. ff. finium regund. n.* 4. cæterum! *cui?* *contra quem?* *& ad qui hæc actio competat?* facilè est conjicere, possis etiam videre *Struv. Exercit.* 14. *Lib.* 10. *tit.* 1. *per tot.* ubi latissimè de materia finium, & terminorum lapidalium scribit.

§. Omnes 21.

Absolvimus *tres* actionum *Divisiones*; sequitur nunc *quarta*, videlicet, quòd aliæ in *simplum* conceptæ sint, aliæ in *duplum*, aliæ in *triplum*, aliæ in *quadruplum*; ultra quadruplum autem nulla extenditur actio ut aliquis in Jure pœnarum *finis*, & *modus* sit. Deinde! cum pœnæ omnes Legislatori sint arbitrariæ, meritò stat pro *Ratione Voluntas*, ut, proinde in inquirenda ratione, quare hæc: vel illa pœna pro hoc: vel illo delicto statuta sit? solliciti, & anxii esse non debeamus.

§. In Simplum. 22.

In *simplum* agere, dicimur, cùm rem nostram, vel nobis debitam, petimus absque aliqua *geminatione*, *vel multiplicatione*: vel quando pœnam aliquam absolutè, sine ulla re, persequimur. Sic in exemplo, quando ex *stipulatione* petimus rem *promissam*; ex *mutui* datione rem *creditam*; ex *empto*, & *vendito mercem*, vel *pretium*, &c. tunc dicitur agere in simplum.

§. In Duplum. 23.

Actiones in *duplum* dicuntur illæ, quibus præter rem, nobis debitam, aliquid *ultrà* petimus, quod æstimationem rei debitæ duplò excedit, tales actiones hic quinque enumerantur. I. Actio *furti nec manifesti*, de qua egimus *Tit. I. de oblig. quæ ex delict. II.* Actio *damni injuriæ* ex lege Aquilia, *de qua extat* §. 4. *suprà ad Leg. Aq. III.* Actio *depositi* ex causa *Incendii*, *tumultûs*, *ruinæ*, *naufragii* adversùs inficiantem, in qua tamen actione duplo simplum rei inest *l.* 1. *ff. depositi.* IV. *Servi corrupti*, quæ oritur ex delicto ejus, qui Servum alterius, dolò malò, & calliditate quadam corrupit, in qua totum interesse & damnum duplicatur. *Perez. Inst. hic.* V. Actio ex *testamento*, quæ pro legato, venerabilibus locis relictò, competit adversus hæredem, qui legati solutionem differt donec Judiciò conveniatur; vel, qui legatum negavit; *de qua Actione* §. 19. *h. t.* egimus. Superest, ut, cùm de reliquis quatuor jam egerimus, de actione *servi corrupti* agamus, quæ (eatenus saltem, quatenus ad filiosfam. trahitur) *Utilitate non caret.*

De actione servi corrupti Casus: Habui *Servum*, vel *filium fam.* vitæ *moribus* valde conspicuum, & præclarâ indole benè insignitum, huic concessi, utpote industrio, & sedulo, certam pecuniæ quantitatem, ut cum ea negotiaretur. *Sempronius*, vir, vitæ per-

perdita persuasit filio ut *usu*, *compotationibus*, & *conviviis* pecunias profunderet. Filius, sic inductus, pecunias dilapidavit; & mores, tam corruptos, contraxit, ut corruptionem, ut si fieri posset, 100. fl. emendarem. Q. *quomodo mibi contra Sempronium seductorem consultum sit?* R. quòd à me impeti possit actione servi corrupti, quâ peto, ipsum in duplum, id est 200. fl. condemnari.

Quid est actio servi corrupti? Est actio *prætoria*, *personalis*, *mixta*; *domino servi competens adversus eum, qui servum corrupit, in duplum.* Dicitur I. *Personalis*, quia descendit ex delicto. II. *Prætoria*, quia datur ex delicto Prætoris *l.* 1. *ff. de Serv. corrupt.* III. *Mixta*, quia non solùm rem ipsam, & verum interesse: sed etiam pœnam persequitur.

Cui competat? Observa! hanc actionem aliam esse *utilem*, aliam *directam*. Directa datur *domino* servi corrupti *l.* 1. *ff. de Serv. corrupt.* Utilis datur *patri*, si filius ejus per aliquem corruptus fuerit. Item Marito, si Uxor corrupta sit. Et; licèt *liberi* homines *ad æstimationem* non recipiant; agit tamen *Pater* & *Maritus* ad æstimationem *operarum*, quas filius, & uxor præstare potuissent, si corrupti non essent.

145 *Contra quem competat?* Directa datur *domino* contra *corruptorem* servi sui, qui scilicet suo *consilio* vel *persuasionibus* servum *bonum* fecit *malum*? vel *malum deteriorem*. Utilis datur patri contra corruptores suorum liberorum *l. Ut tantum. ff. de serv. corrup.* ubi putat. *Gomez. n.* 11. hanc actionem enim patri applicari posse, si filiam *Virginem* habuerit, & eam quis *defloraverit*. At sciendum! hodie illum, qui Virginem corrupit, *ex Jure canonico cap.* 2. ✠ *de adult.* teneri, in *uxorem* ducere, & (aliqui legunt *aut*) secundùm ipsius dignitatem, & corrumpentis facultates *notare*. Quanta autem dos constitui debeat? id arbitrio Judicis determinandum relinquitur. Illud tamen certum est, post ablatam virginitatem dotem majorem debere constitui, quoniam *Virginitas*, quæ *secunda dos* dicitur, periit. *Schneid. n.* 13. Sed

Quæ requirantur ùt actio servi, vel filii vel uxoris corruptæ competat? requiritur I. ut servus sit in *moribus*, sive *animo* corruptus. Si enim in *corpore* duntaxat lædatur, vel corrumpatur? non actio de *servo corrupto*: sed *legis Aquiliæ* datur §. 13. *Inst. de leg. Aquil.* II. Ut quis dolo malo persuaserit. Nam! dolo cessante, ùt quia lusus gratiâ quis aliquid suasit, cessat hæc actio *l.* 3. *ff. de Serv. corrupt.* actibus enim in cunctis dominatur sola voluntas. *Manz. num.* 21. 147

Ad quid competat? Datur ad *duplum* damni accepti, ut, si ante corruptionem servus valuerit 24. post coruptionem autem tantùm 14. & sic 10. minùs valeat, ago non tantùm ad damnum datum; sed; ad duplum, id est, ad 20. Deinde; si egit dominus, ratione servi corrupti, ulteriùs subjicit, quia, præter corruptionem, servus mihi ex dolosa persuasione fuatus est *calicem*, valentem 30. fl. peto quoque, persuadentem ad scyphum, & ejus æstimationem condemnari *Schneid. num.* 15. Quando verò pater agit pro filio, vel filia corrupta, tunc æstimatio non refertur ad *corpus*, quia liber homo æstimationem non recipit, sed ad operas æstimandas quibus pater vel maritus privatur. *Harp. num.* 9. *Manz. n.* 29. tibi ponit exemplum in filia, ita liberaliter instituta, & educata, ut eam pater modicâ dote, 148

v. g.

v. g. 100. fl. facilè in Matrimonium elocare potuisset; sed, quia aliquis animum ita corrupit, ut etiam cum dote 300. fl. vix possit nubere, ideò (putant) corruptorem ad duplum interesse, id est, 200. obligari. *Manz. num.* 29.

§. TRIPLI. 24.

149 In Triplum una tantùm est actio, puta, *condictio ex lege*, *ob majores sportulas*, &c. Quæ olim dabatur Reo contra actorem, qui per fraudem plus debitò in libello complexus est, ut *Viatores*, sive *Apparitores* majores sportulas acquirerent. Hodie ista actio usum nullum habet, quia *apparitores*, sive *executores* sua quisque certa salaria habent.

§. QUADRUPLI. 25.

Recensetur in *hoc* §. actiones in *quadruplum*, quarum quatuor reperiuntur I. actio *furti manifesti*, de qua *hoc lib. tit.* I. egimus. II. actio, *quod metus causâ*. III. de *calumniatoribus*. IV. *condictio ex lege adversus executores*. Et quia posteriores duæ habent aliquam affinitatem cum §. *præced.* ideò primò locò agemus.

150 *De actione in factum contra Calumniatores.* Pro pleniori *hujus* §. intellectu *observa*, calumniatorem alium esse in causis criminalibus, qualis ille dicitur, qui sciens, prudensve aliqui falsa crimina dolo malo intentat, juxta *l.* 1. §. *ff. ad SC. Turpill.* cujus convicti pœna olim erat ex lege *Remmia*, ut ejus fronti littera K. inureretur; sed id sustulit *Constantinus l.* 17. *Cod. de pen.* posteà introductum, ut pœnâ talionis afficeretur *l. fin. Cod. de calumniat.* sed & ista pœna exolevit, remansit hodie adhuc pœna infamiæ *l.* 8. *Cod. eod.* Huic calumniatori similes quasi sunt *prævaricatores*, qui vera crimina abscondunt, probationes proprias dissimulando, & falsas rei accusationes admittendo, *d. l.* 1. §. 1. item *tergiversatores*, qualis ille dicitur, instituta, & ordinatâ accusatione, sine abolitione, id est, sine venia desistendi, ab accusatione desistit, *l.* 10. *Cod. ad SC. Turpill, Schamb. hic.* De his autem *hic.* §. non agitur, sed de *calumniatoribus*, in causis *civilibus*, qualis illi dicuntur, qui ideò pecuniam accipiunt, ut, calumniæ causâ alicui facerent negotium in Judiciis, vel non facerent. Quod ut melius percipiatur, ponitur talis.

Casus: Tametsi cum *Sempronio*, mihi nihil unquam negotii fuerit; ipse tamen accepit, à *Titio* 22, *fl.* vel aliud *Emolumentum*, ut mihi *litem* inferret, & sic me in *Judiciis* per *biennium* divexavit, probè gnarus, se nihil prorsus habere Juris. Vel aliter: *Sempronius*, nullam prorsus adversus me habens actionem, *Calumniæ*, & *Vexationis* causâ, me volebat trahere in Judicium. Ego, homo à Judiciis, litibus multùm abhorens, 10. ei dedi, ut Judicium evitarem. Q. *quomodo mihi contra Malitiam Sempronii consulatur?* ℞. quod habeam adversus ipsum in utroque casu actionem ex Edicto Prætoris *in factum*; quâ peto, *quadruplum* acceptæ *pecuniæ* mihi restitui. *Manz. num.* 3. & 4. 151

Quid sit actio in factum de Calumniatoribus? Definitur hæc actio, quod sit *personalis*, *prætoria*, *mixta*, *quæ datur contra eum, qui pecuniarum ideò accepit, ut alicui innocenti per calumniam negotium in Judicio faceret vel non faceret, intra annum in quadruplum, post annum in simplum.* 152

Cui competat? Dic breviter, quòd detur ei, qui dedit pecuniam, ne trahatur ad Judicium, *l.* 3. §, *fin. ff. de* calum-

calumniat. Quòd si verò alius dederit pecuniam; tunc res *Distinctionis* adminiculò, determinanda est: aut alius tibi dedit pecuniam, ut me calumniosè in Judicium traheres, & is nihil repetere potest, quia tecum est in pari causâ turpitudinis, sic mihi hæc actio datur *d.* §. *fin.* Aut alius tibi dedit, ne me calumniosè trahas in Judicium, & tunc mihi datur hæc actio ad quadruplum ejus, quod sic accepisti; ei verò, qui dedit pecuniam datur ad simplum, *l.* 7. §. 2. *ff. eod.* Sanè hæredi ejus pecuniam dedit, ne trahatur in Judicium, actio hæc non in quadruplum, sed in simplum datur per *apert. text. l.* 4. *ff. eod. Schneid. n.* 14.

154 *Contra quem competat?* Datur I. contra eum, qui à tertio accepit pecuniam, ut litem calumniosam moveret. II. Contra dantem. qui scilicet tertium subornavit, eique dedit pecuniam, quia & iste pœna quadrupli tenetur, *l.* 31. *Cod. de Episcop. & Cler.* III. Datur domino principali contra suum procuratorem, vel Advocatum, qui pecuniam accepit, ut domini negotium per calumniam ageret, id est, ut ab adversario se pateretur vinci, quo casu, & accipiens, & dans in quadruplum tenetur. IV. Contra hæredem accipientis, quatenus ad eum pervenit: nam turpia lucra etiam ab hæredibus repetuntur; licèt crimina extinguantur, *l. In hæredem. ff. de calumn. Schneid. n.* 22.

Quid requiratur? Ut hæc actio sortiatur locum, desideratur I. Ut pecuniam calumniator acceperit ad hunc finem, ut calumniosam actionem institueret, vel, ne illam institueret; aliàs, si pecunia daretur, ut crimen non detegeretur, ex S. C. *Turpilliano* tenetur, prout dictum. II. Ut pecunia data sit, ob negotium Judiciale calumniosum; nam si negotium extra judiciale foret, alia daretur actio, sic v. g. si tibi dedi 100. ne me spoliares, actio, quod metùs causâ, aut condictio ob turpem causam mihi accommodaretur. Ita *Schneid. n.* 22. & 23.

Ad quid detur? Intra annum ad *quadruplum* (cui tamen inest *simplum*) *post* annum in simplum hæc actio datur *Manz. n.* 16. & 17. 155

De condictione ex Lege adversùs Executores.

Hæc actio datur contra *Executores*, seu *Ministros publicos*, qui exigunt aliquid ultra *constitutas & consuetas sportulas.* Facit enim, *Viennæ* consuetudine inductum esse, ut pro singulis citationibus Apparitori solverentur 6. crucig. & is exegerit 12. *Q. quomodo solventi* 12. *consulatur?* ℞. per condictionem ex lege adversus executores, quæ sic *definitur*, quod sit *actio personalis, civilis, mixta, quæ datur ei, qui; ad instantiam executorum, majores sportulas solvit, contra ipsos executores ad quadruplum ejus, quod injustè exegerunt. Schneid. n.* 24. 156

Hodie universa propemodum locorum consuetudine taxata sunt salaria executorum ut ista actio usum vix nullum habeat, & aliunde actiones in duplum, triplum, &, quadruplum penitus exoleverunt: proinde, si executor, plus debito, exegerit, pœnâ extraordinaria afficiendus erit, *Schneid. num.* 26.

DE ACTIONE, QUOD METUS CAUSA.

Hæc actio ut meliùs percipiatur, *notandum*, eam competere pro vi illata violentia; violentiarum verò esse V. Genera. 157

Genera. Nam I. quædam Violentia dicitur *expulsiva*, quæ propriè cadit in res *im-*
158 *mobiles*, quando scilicet quis *dejicitur* ex *possessione fundi*, *ædium*, &c. & pro tali violentia datur Interdictum *unde Vi*, ad recuperandam possessionem, prout §. 6. *de Interd.* audiemus. II. est quædam Violentia *ablativa*, quæ circa res *mobiles* committitur, quando per vim ejusmodi res rapiuntur, & auferuntur, de qua violentia *Tit. de Vi bonor. rapt. suprà.* III. Est quædam violentia *turbativa*, quæ committitur, quando duo, pluresque prætendunt, se possessores esse ejusdem rei, & unus turbat alium, & si cadit in res *immobiles*, proditum interdictum *uti possidetis*, si verò in rebus *mobilibus*, tunc Interdictum *utrubi* locum habet. IV. Est quædam violentia *inquietativa*, quando aliquis, qui non est possessor, nec prætendit, se esse possessorem, vi aut clam inquietat, & non sinit, alium uti re sua quietè, quo casu Interdictum, *quod Vi*, aut *clam* competit. V. Est quædam violentia *compulsiva*, quando quis per *vim* & *metum* cadentem in *constantem* virum, compellitur, ad aliquid *dandum*, vel *faciendum*, & tunc ista actio, quod *Metus causa* locum habet, *Schnei. nu.* 33. & 34. quam exemplificat similis

159 *Casus*: Equum habui, valde generosum, quem sibi vendi, frequenter me Titius rogavit. At ego id tenui. Titius, evaginato gladio, me ad venditionem ursit. Ego, metu consternatus, & præsentis periculi timore perculsus, equum ipsi vendidi 40. fl. quem vendere numquam cogitavi, aut, si vendidissem, non, nisi 80 fl. vendidissem. Q. *quomodo mihi contra ipsum consultum?* Certum est, quòd de Jure *civili* nulla mihi adversus ipsum competat actio, quia *coacta voluntas est etiam voluntas*, qui enim vi, metuve cogitur, verè consentit, *inter duo scilicet mala minus eligendo. Manz. n.* 5. Sed *Prætor*, æquitate inductus, tale Edictum proposuit: quod, *Metus causa*, gestum est, rationem non habebo, *l.* 1. *ff. quod met. caus.* licèt enim coactus velit, non tamen vult, ut volens, sed, ut coactus. Deinde, Temeritas metum incutienti lucrum parere, aut prodesse non debet. Hinc descendit actio *quod metus causa*.

Quid sit actio, quod Metus causa? 160
Actio, quod metus causa, *definitur*, quòd sit *actio personalis*, *in rem scripta*, *prætoria*, *quæ datur illi*, *qui per metum*, *cadentem in constantem virum*, *ad alienandam*, *vel dandam aliquam rem*, *coactus est*, *contra quemcunque possessorem rei*, & *infrà annum ad quadruplum ejus rei*, *post annum ad simplum*, &c. Dicitur I. *personalis*, quia descendit ex obligatione, puta, ex delicto *concussionis*, & *Coactionis.* Dicitur II. *in rem scripta*, quia non solùm datur adversus eum, qui metum intulit, sed adversus quemcunque, qui ex metu illato sensit commodum; licét ipse metum non intulerit, nemo enim debet ex delicto alterius lucrum sperare. Et in hoc sapit naturam realium actionum *Schneid. n.* 35.

Dices: cum actio, quod metus causa, adversus quemcunque possessorem detur, cur non vocatur *realis*? ℞. denominationem fieri à causa principali; principalis autem causa hujus actionis est *Delictum*; ergò personalis dicenda; licet etiam ipsam rem persequatur. *Manz. n.* 13. Unde *in rem scripta* dicitur; quales dicuntur illæ actiones, quæ ex natura sua quidem *personales* sunt; quia tamen etiam *rem* persequuntur, ideò actiones illæ, in rem scriptæ esse, dicuntur. *Schamb. hic.*

Dicitur III. *Pretoria*, quia præto illam introduxit. Reliqua *definitionis* verba ex decursu reddentur perspicua, quando declarabimus, *cui? adversus quem?* & *ad quid hæc actio competat?* quod priusquàm præstemus, Sequitur.

161 *Quæ requirantur ad Actionem, quod Metus causa?* Ut hæc actio competat, requiritur I. ut agatur pro Violentia *compulsiva*, qua quis ad aliquid *dandum*, vel *faciendum*, adactus est. II. Ut metus talis fuerit, qui cadit in *constantem virum*, qualis est metus *mortis*, *cruciatus corporis*, *servitutis*, *incarcerationis*, &c. Num autem talis metus sit, diserti Judicis arbitrio, pro qualitate personarum determinandus *minor* in *fœmina*, & *homine minus robusto*, aut *adulto* sufficiet. Illud non *refert*, si metus illatus ipsi actori, aut liberis ejus; pater enim plus censetur diligere sum filium, quàm se ipsum, & nullus est affectus, qui vincat paternum, *l. fin. Cod. de Cur. fur.* Unde si quis dedit aliquid, ne filia aut uxor stuprum patiatur, per hanc actionem id repetere potest, cùm iste metus Viris *bonis* major, quàm *mortis*, esse debeat, & gravius sit Viro *Adulterium* Uxoris, quàm *Occisio* proprii filii. *Schneid num.* 38.

162 Porrò cùm non quilibet metus hanc actionem pariat, ideò sciendum, V. esse genera metus. I. Metus *facti*, quando scilicet imminet periculum *mortis*, *cruciatus corporis* &c. & de hoc metu procedit hæc actio. II. est metus *minarum* qui hanc actionem non producit *l.* 9. *Cod. quod met. causa* nisi I. persona, quæ minatur, possit minas ad effectum perducere. II. nisi consueverit, tales minas perducere ad effectum *l.* 5. *Cod. eod.* III. nisi sint minæ atrociores; *facti* scilicet, his enim tribus casibus etiam metus minarum; hanc actionem progenerat, *Schneid. n.* 41. in reliquis casibus poterit is, qui minarum metu percellitur, officium Judicis implorare, & cautionem, de non offendendo, petere, *Schneid. n.* 42. III. est metus *potentiæ publicæ*, quando is, qui incutit metum, est potens, & superior aliquis dominus, sic est *Comes*, *Baro Nobilis* erga *rusticos*, &c. Enim verò

> *Est* rogitare Ducum *species violenta* jubendi,
> *Et*, *quasi nudato* supplicat *ense* Potens.

Unde si subditus rogatus; suo Comiti fundum vendat, vendidisse, censetur. Hic tamen metus potentiæ publicæ hanc actionem, quod metus causa; non parit, sed talis contractus *officio Judicis*, & *conditione* ex *l. pen. & ult. Cod. Quod met. caus.* rescinditur. IV. est metus *reverentialis*, *quem pater* habet in *liberos*, *maritus* in *uxorem*, *Patronus* in *libertos*, & iste metus etiam non inducit actionem, *quod metus causa*; sed actus, tali metu initus: officio judicis venit rescindendus *l.* 1. §. 6. *ff. quar. rer. act. non dat.* V. est metus *perfidiæ*, quando, ad celebrandum contractum, quis solicitatur ab aliquo, cujus perfidiam timet. Veluti si *cliens*, rogatus ab *advocato*, *Medicus* ab *agroto*, &c. eis vendat fundum. Et nec iste metus producit actionem *quot. met. caus.* Contractus tamen initus officio Judicis rescinditur *l.* 6. *Cod. de postul. l. si Medicus ff. de var. & extraord. cog.* Ex dictis, veluti fonte, fluit, quod solus metus facti ponat hanc actionem, quod

quod met. cauſ. Alio metus genere contractus initus, reſcinditur officio Judicis. Shneid. n. 50.

163 Cui competit? Statuo breviter, quòd detur metum paſſo, ſive in ſe, ſive in liberis, ſive in uxore. Et, cùm ſit rei perſecutoria, datur etiam hæc actio hæredibus, metum paſſi, l. 16. §. 2. ff. quod met. cauſ. Schamb. hic.

164 Contra quem competat? Competit I. contra metum inferentem II. contra ejus hæredes in id, quod ad eos pervenit, turpia enim lucra etiam ab hæredibus revocatur l. 15. ff. eod. licet enim (inquit Textus) pœna ad hæredem non tranſeat? attamen, quod turpiter, vel ſcelere quæſitum eſt, ad compendium hæredis non debet pertinere. Schamb. hic. III. contra hæredes hæredis; etiamſi ad illos nihil pervenerit, ſed res per primum hæredem conſumpta ſit, ſufficit enim, ſemel perveniſſe ad proximum hæredem, lib. 17. ff. h. t. quæ lex ita ait: ſufficit enim ſemel perveniſſe ad proximum hæredem, & perpetua actio eſſe cœpit, alioquin dicendum erit, nec ipſum, qui conſumpſit, quod ad eum pervenit, teneri. Et hæc lex ſingularis eſt, teſte Brunnem. Ubi dicit, quando regula limitatur, actiones, ex delictis competentes, non tranſire contra hæredes; niſi aliquid ad hæredem pervenerit, quod hoc ita ſoleat declarari; ſi tamen ad primum hæredem pervenerit, ſufficit, & ſic actio erit perpetua. Perveniſſe autem dicitur tempore litis conteſtatæ, ut, iſte ſenſus eſſe, videatur, ſi hæres tempore litis conteſtatæ rem habuerit: licet poſteà amiſerit, adhuc tenebitur. Schamb. hic. ℣. dices. Unde ſi ante litem conteſtatam res apud primum hæredem, bonæ fidei poſſeſſorem caſu perierit, putat Brunn. ad l. 20. ff. eod. hæredis hæredes non teneri. IV. contra quemcunque poſſeſſorem, vel detentorem rei, per metum ablatæ; ſive habeat rem ex titulo oneroſo, ſive lucrativo, &c. Schneid. num 52.

Ad quid competat? Datur hæc actio intra annum in quadruplum, poſt annum in ſimplum. Ubi tamen obſerva, non ſtatim reum condemnari in quadruplum; ſed tunc demum, quando Judex rem, metu ablatam, reſtituere reum juſſit, & is Judicis juſſui non obtemperaverit. Solet enim Judex interloqui, ut rem reſtituat intra 10. dies: vel tempus, ad hoc in ſententia præſcriptum. Quòd ſi à contrario juſſui Judicis reus pateat, remque reſtituat, abſolvitur; ſin minùs, condemnabitur in quadruplum; quadruplicatur autem omne, quodcunque reſtitui oportet, id eſt æſtimatio rei, & fructuum, l. 14. §. 7. ff. quod met. cauſa. Tenetur autem hoc quadruplum præſtare non tantùm is, qui metum intulit, ſed & tertius rei, metu extortæ, licet bonæfidei poſſeſſor; idque in pœnam contumaciæ, quòd juſſui Judicis, præcipientis, rem reſtitui, non paruerit. Unde Ulp. in d. l. 14. §. 1. ait: Satis clementer Prætor cum reo egit, ut daret ei reſtituendi facultatem, ſi vult pœnam evitare. Schamb. hic. Illud, coronidis loco obſerva, quòd ſi, metum paſſus, aliquod pretium acceperit, illud, metum inferenti, teneatur reſtituere, & ſi contra alium, cui metum inferens rem; metu exortam, vendidit; agat, huic ſecundo emptori pretium reſtitui debet. Sic eſt Text. exp. in l. 3. Cod. de his, quæ vi, metuſque cauſa, & Schneid. n. 67.

§. Sed Furti. 26.

Suprà in §. 32. diximus V. actiones eſſe in duplum conceptas, ſcilicet actio- 156

actionem *furti nec manifesti*, *servi corrupti*, *legis Aquiliæ*, *depositi* in quatuor casibus, puta, *tempore incendii*, *tumultus*, *naufragii*, *ruinæ*, &c. & deinde actionem *ex testamento pro legato*, *venerabilibus* locis relicto, &c. *hoc* §. Imperator ostendit *differentias* illarum actionum quæ in eo consistunt, quòd actio *furti nec manifesti*, & actio *servi corrupti* omnimodè, semper & indistinctè sint in duplum ab origine & ex natura; sive *neget* aliquis, se furtum fecisse, servumque corrupisse, sive *confiteatur*. Contra vero reliquæ actiones ex sua natura, & origine tantùm in simplum dantur; postea autem ex accidenti primùm, nimirum propter inficiationem, duplantur. *Manz. hic.*

§. SIC ITAQUE. 27.

166 In *hoc* §. ostendit Imperator differentiam inter actiones *quadruplares*, quæ in eo posita est, quòd in his *tribus* (videlicet actione *furti manifesti*, actione *in factum de calumniatoribus*, in *conditione* contra *executores litium*) reus condemnetur semper in quadruplum; sive restituere paratus sit, sive non. In actione verò, *quod metus causa*, tunc demum ad quadruplum agitur, si reus, rem restituere jussus, Judici non paruerit. Est ista differentia, quòd in actione furti manifesti quadruplum mera pœna sit; in reliquis verò tribus quadruplo res: sive simplum insit. *Manz.* & *Harp. hic.*

§. ACTIONUM. 28.

167 Insignis est, & valde memorabilis iste §. in quo V. generalis, & principalis *Divisio* actionum subjicitur, videlicet, quòd omnes actiones sint aut *bona fidei*, aut *stricti Juris*.

Ast *Dices*: omnis bona divisio debet fieri per species, directè oppositas, & contrarias; sed hæc divisio, qua actiones dicuntur aliæ bonæ fidei, aliæ stricti Juris, non fit per species, directè oppositas; ergò non est bona. Pro resolutione vanæ hujus objectionis 168 nota, quòd *bona fides* verbum sit *homonymum*, id est *duplicem* recipiens *significationem*, & quidem I. *bona fides* accipitur pro *sincero*, *recto*, *integro* & *puro animo*, ab omni *fraude*, *calliditate*, aut alio *improbitatis* fomite sejuncto, & in hoc sensu *bona* fides accipitur pro æquo, & bono, quatenus nimirum opponitur *stricto* & *summo* Juri, quod alibi *summa injuria* dicitur, Hoc supposito, R. ad *object. neg. min.* siquidem, si bona fides accipiatur in secunda significatione, puta, pro *æquo* & *bono*, tunc directè opponitur stricto Juri, ut proinde divisio facta sit per species, directè oppositas. *Manz. Inst. num.* 1. & *Schneid. n.* 5.

Ex *dictis* facilè *colliges*, actiones 169 bonæ fidei taliter concinnè & eleganter describi; nimirum, esse illas, *quæ largius in bona fide exuberant*; seu, in quibus Judex habet *largam* & *amplam* potestatem judicandi non tantùm de iis, quæ inter partes *expresse* conventa sunt, sed etiam de iis, quæ naturalis *æquitas* suadet; licèt ea in contractu neque *dicta* neque *cogitata* sunt. In *exemplo*: Ego vendidi tibi fundum, nondum perceptis, sed pendentibus fructibus. Hoc in casu, licèt nulla in contractu fructuum mentio facta sit; nihilominùs tamen veniunt in actionem empti, *l.* 13. §. 10. *ff. de act. empt.* vide quæ diximus *lib.* 3. *tit.* 14. *num.* 17. & *seqq.* Actiones verò stricti Juris illas esse, in quibus Judex non habet liberam ex æquo, & bono judicandi potestatem; sed verbis pascicentium ita adstrictus est, ut nec in plus, nec in minus, quàm verbis

verbis expressum est, reum condemnare possit. Ut ecce! si tibi fundum, pendentibus, & maturis, fructibus, per stipulationem dare promiserim, & de fructibus nihil dictum aut cogitatum fuerit, fructus non debentur, *l.* 78. *. 3. *ff. de V. O. Manz. n.* 6. & 7. *Schneid. hic.*

AD ♥. BONE FIDEI.

170 *Q*, in hoc ♥. *quænam actiones dicantur bonæ fidei?* Ut breviter te expedias, dic, quod omnes actiones de mundo, quæ in hoc nostro §. 28. in specie non enumerantur, sint stricti Juris: Contra verò illæ, quæ hic in §. 28 recensentur, sint bonæ fidei. Ita communiter docent fere omnes DD. ex ratione, quòd *inclusio* unius sit *Exclusio* alterius *arg. l.* 63. §. 1. *ff. de condit.* & *demonst. Schamb. Inst. hic. Manz. n.* 13. *Schneid. n.* 7. *Harp. n.* 71. & *seqq. Mynsing. n.* 7. & *communiter omne-.* ita ut audacter sic argumentari possis; hæc, vel illa actio in *hoc* §. 28. non recensita; ergò est stricti Juris.

Obj. l. 8. *de Jud.* ubi ita scribitur: *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ, æquitatisque, quàm stricti Juris, rationem.* Sane, si in omnibus rebus æquitas servanda est, ergo etiam in omnibus actionibus; ergò omnes actiones sunt bonæ fidei. ℞. Aliud esse, servandum esse æquitatem, aliud verò, posse de iis judicare, quæ inter partes conventa non sunt. Æquitatem Judex etiam in strictis judiciis servare, hoc est, illam summo rigori Juris præferre debet, ast de iis in stricti Juris judiciis judicare nequit, quæ inter partes expressè conventa non sunt: *Schamb. loc. cit.* Undè sua sponte fluit, quòd, licèt actio injuriarum, ex æquo: & bono esse, dicatur, *l.* 11. §. 1. *ff. de Injur.* Item *funeraria* actio ex bono, & equo orta, *l.* 14. §. 6. *ff. de relig.* & *sumpt. fun.* actio de *sepulcro violato* in bonum, & æquum concepta, *l. plen. ff. de sepulch. viol.* condictio *indebiti*, ex bono, & æquo introducta, *l. pen. ff. de condict. indeb.* quòd, licet (*inquam*) prememoratæ actiones taliter conceptæ, aut introductæ dicantur, omnes tamen stricti Juris sint, ex hac videlicet fundamentali ratione, quia in *hoc nostro* §. 28. in specie, & nominatim non enumerantur; & Judici illa laxa, & ampla potestas, etiam de non conventis judicandi, non competit. *Harp. n.* 78. *Manz. n.* 41.

Q. an illa clausula, Instrumentis inseri solita, alles getreulich, und ohne Gefährde, actionem stricti Juris transformet in actionem bonæ fidei? Negant, Harp. n. 67. *Manz. n.* 51. & plures, ab his *allegati*, ex ratione, quia modus actionum, à lege introductus, privatorum pactis non potest immutari, *l.* 17. *ff. de R. J. Affirmant Berlich. P.* 2. *conclus.* 24. *n.* 62. *Bald. lib.* 1. *Consil.* 343. *Wesenb. p.* 1. *Consil.* 14. *n.* 17. ex ratione, quia in *l.* 152. §. *ult. ff. de C. J.* bona fides, & clausula, seu promissio de præstatione doli, exæquantur. *Mihi* (ut verum fatear) præplacet prior *opinio*, & *existimo*, illam clausulam ideò tantùm adjici, ut ostendatur nullum dolum intervenisse, qui æque à contractu stricti Juris quàm bonæ fidei abesse debet, *Manx. n.* 49. Cæterùm, cùm de nonnullis actionibus bonæ fidei, quæ in *hoc.* §. 28. recensentur, *in prioribus libris* dictum sit, ideò illas denuò, sub incudem revocare, supersedeo, & eas duntaxat, quas nondum tetigimus, hic subjiciendas, duxi. Sunt autem earum adhuc IV. puta, actio *præscriptis verbis* 171

Kees ad Institut. Mmmm in

in *genere*, actio *præscriptis verbis æstimatoria*, actio *præscriptis verbis* ex *permutatione*. & *petitio hæreditatis*. Itaque sequitur

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS VERBIS IN GENERE.

IV. Esse contractus innominatos, puta *do*, *ut des*; *do*, *ut facias*; *facio*, *ut facias*; *facio*, *ut des*, manifestò est manifestius. Ex his contractibus non nascuntur *nominatæ*, & *speciales actiones*, plura enim per istos IV. contractus fiunt, tractantùrque negotia, quàm rerum sunt vocabula, *l.* 2. *l.* 4 *ff. præscript. verb.* atque proinde *difficilè*, imò *impossibile* fuisset, cuivis negotio proprium nomen actionis applicare. Itaque Imperator dedit generalem quandam actionem quæ ex omnibus negotiis nascitur, quæ per memoratos IV. contractus fiunt, eàmque actionem baptizavit *præscriptis verbis*, vel actionem *in factum*.. Schamb. *Inst. hic.*

172 Ubi tamen *observa* I. quòd actiones præscriptis verbis, & actio in factum promiscuè sumantur: ita ut toties competat actio in factum, quoties actio præscriptis verbis competit. In eo tamen *differunt*, quòd actio præscriptis verbis in causis *civilibus* tantùm; actio verò in factum tam in *civilibus* quàm in *criminalibus* locum sortiatur. *Manz. n.* 12. *Schamb. hic. Oldendorp. class.* 4. *act.* 40.

173 *Observa II.* & pro *regula* capesce: quòd toties actio præscriptis verbis, vel actio in factum detur, quoties negotium, quod geritur, naturam contractûs habet; sed tamen negotium tale sit, ut ad certam speciem contractus referri nequeat. Ut ecce: Ego unum duntaxat equum habeo; & tu unum; *jam*, cùm nullus nostrûm curru vehi possit, rogo te, ut tuum equum mihi commodes, & promitto, quòd posteà meum tibi commodare velim, ut pariter currû ambulatum vehi possis. Tu mihi equum tuum per 8. dies commodâsti: ego verò, cùm & meo equô uti velles, illum tibi commodare recuso. Q. qualis tibi adversùs me competat actio? ℞. Quòd tibi competat actio præscriptis verbis ex contractu innominato *do*, ut *des*. Sed; quare non datur actio *commodati?* vel locati? Ideò, quia commodatum debet esse gratuitum, & in locatione merces consistere debet in pecunia numerata, *Manz n.* 15. & *n.* 19. Fac iterum, quòd auri fabro poculum argenteum miserim, ut exploraret ejus pretium, & bonitatem; posteà verò, cum poculum vellem repetere, auri faber nolit restituere, Q. *qualis mihi adversus auri fabrum applicetur actio?* ℞. Quod actio præscriptis verbis, ex ratione, quia istud naturam contractûs sapit; & tamen speciale nomen non habet, quo in câsu actionem præscriptis verbis, vel actionem in factum competere dictum fuit *supra*. Item III. competit 174
actio præscriptis verbis ei, qui merces Magistro navis tradidit, & incertum elt an navem conduxerit, an merces vehendas locaverit *l.* 1. §. 1. *ff. de præscript. verb.* IV. Ei, qui puerum docendum sive nutriendum, aut pecus pascendum dat, ita ut, si post certos annos venerit, pretium communicetur *l.* 13. §. 1. *ff. eod.* V. Ei, qui vendere vult vestimenta, & emptori dat vendenda, ut pretiô alter utatur. *l.* 19. *ff. de præscript. verb. l.* 11. *ff. de R. C.* VI. Ei, qui equos venales experiundos dat, ut, si in triduo displicuissent, reddantur, *l.* 20. *ff. de præscript. verb.* VII. Ei, qui argentum dat explorandum; si alter, cùm displi-

plicuisset, servo det referendum, idque pereat. *d. l. 20. in fine*. VIII. Ei, qui donavit, & alter conditioni adjectæ non pareat, *l. ult. Cod. de rei permut.* Ratio horum omnium non est alia, nisi ista, quòd toties detur actio præscriptis verbis, quoties deficiunt usitata actionum nomina.

Observa III. quòd reperire sit casus, in quibus competit actio in factum; nullatenùs verò actio præscriptis verbis. Ut ecce! cùm *Mævius* & *Titius* ambularent juxta *Tiberim*, rogavit unus alterum, ut annulum suum ei ostenderet, ad hoc, ut illum intueretur; cùm autem annulum reciperet, per incuriam annulus ei de manu excidit in Tyberim. *Q. qua actione pretium annuli alter consequi posset?* ℞. Quod actione *in* factum, quæ tunc competit, quando negotium sapit naturam *delicti*, & tamen speciale nomen non habet. Vide latè *Manz. Inst. hic. n. 5. & seqq.*

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS VERBIS ÆSTIMATORIA.

175 Priusquàm hujus actionis *naturam* excutiamus, *præmittendum* duxi, quid sit *Contractus æstimatorius?* est autem nihil aliud, quàm *contractus innominatus, quo rem, certò pretiò æstimatam, quis tradit alteri vendendam ea lege, ut vel pretium conventum: vel ipsa res incorrupta restituatur. l. 1. §. 2. ff. de æstimatoria actione.*

179 *Requisita* hujus contractûs duo sunt. I. ut res vendenda cum certa æstimatione alicui tradatur. Hinc si res non *æstimatur*, sed in *genere* & *simpliciter* pro justo pretio vendenda committitur; non hic contractus, sed vel locatio, vel mandatum initum esse, censetur. *Hahn. ad h. t. n. 5.* II. ut res eum in finem tradatur, ut ea vendatur, *d. l. 1.* Unde si ab initio conveniant partes, ut res non alio vendatur, sed ut ipse accipiens eam pro certo pretio habeat, iterum non hic contractus: sed emptio venditio erit, atque adeò non *æstimatoria*, sed actio *empti venditi* locum habebit, *l. 10. §. 4. & 5. & l. 18. ff. de jure dot. Effectus* contractus æstimatorii est, *ut rem* accipiens teneatur *incorruptam* cum omni causa, puta *fructibus*, qui accesserunt, *l. 18. §. 1. & 2. ff. de pignor. act.* aut *æstimationem* restituere, *l. 1. §. fin. ff. de æstimat. act.* Struv. *lib. 19. tit. 3. Exercit. 25. th. 6. lit. A.*

Q. I. quid? si pluris res fuerit vendita, quam erat æstimata? v. g. Sejus proxeneta fundum, vel catenam auream, à Sempronio pro 90. æstimatam accepit, & 100. fl. vendidit, teneturque Sejus 90. vel. 100. fl. restituere. ℞. ante omnia conventionis rationem habendam esse, ita ut, si conventum sit, ut lucrum proxenetæ cedat, standum sit conventioni, *l. 13. ff. de præscript. verb.* cùm pacta dent legem contractibus, *l. 23. ff. de R. J.* quòd si nihil conventum fuerit, lucrum pertinebit, ad dominum, *arg. d. l. 14.* ubi, ut lucrum cedat proxenetæ, rem vendendam accipienti, opus est pacto, & conventione, qua opus nòn foret, si hoc ipso, quod rem vendendam acceperit, lucrari posset id, quod pretium excedit. *Zoes. ff. de æstimat. act.* Accedit, quod ex mandato nihil remanere debeat penes mandatarium; licèt extra fines mandati aliquid acquisiverit mandatarius, ut idem hoc casu dicendum videatur à paritate rationis, *Brunnem. in l. 1. ff. de æstimat. act. Struv. loc. cit. thes. 6.* 177

Q. II. Ad quem spectet periculum rei, ad adventum æstimatio data? Concurrunt 178

 in

in *hac Q. duo text.* qui sibi invicem vehementer videntur *contrarii.* I. est in *l.* I. §. I. *ff. de æstimat. act.* ita sonans: *æstimatio autem facit periculum ejus, qui suscepit: aut igitur debebit ipsam rem incorruptam reddere, aut æstimationem, de qua convenit.* II. est in *l.* 17. §. I. *ff. de præscript. verb.* his verbis: *si margarita tibi æstimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum. Deinde hæc perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod & Pomponius scripsit, siquidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum. Si neutrum nostrum; sed duntaxat consensimus; teneri te hactenus, ut dolum. & culpam mihi præstes; actio autem ex hac causa utique erit præscriptis verbis.* Hos *duos text.* ut in *concordiam* reducerent, varii varia excogitarunt.

Ego, (ut *breviter* me expediam) *referre* existimo, num æstimatio facta sit (ut ajunt) propter ipsam rem; num verò propterea, ut sciret accipiens, quanti rem vendere deberet? Sin æstimatio propter rem facta sit, ita, ut quasi conditionalis inter dantem. & accipientem contracta sit emptio venditio, fortè, quia proxeneta rem hac conditione accepit æstimatam, ut vel *pretium* exsolveret, vel *rem* in *natura* restitueret; tunc fortietur locum *d. l.* I. §. I. & periculum erit accipientis, ita, ut, si res casu periérit. teneatur ad exsolutionem pretii. *Carpzov. lib.* I. *respons.* 106. Ratio est, quia æstimatio facit emptionem venditionem, & dominium transferri in accipientem. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 74. & *vol.* 3. *Consil.* 229. *n.* 16. Sin æstimatio eapropter facta sit, ut intelligat accipiens, quanti rem vendere debeat, iterum refert, quisnam alterum rogaverit? num dominus proxenetam; num proxeneta dominum? I. casu æstimatio facit periculum proxenetæ, cujus maximè interfuisse, præsumitur, rem vendendam æstimato datam esse, & vix videtur rogaturus fuisse, nisi in ejus commodum primariò verteretur. Sic ponamus, me rem venalem habuisse, idque scivisse Titium, negotiandi studio alias detentum, Jam Titius rem istam libenter emisset, spe fortè fretus, fore, ut illam majoris venderet, & sic aliquid lucri faceret. Verum, cùm pecunias paratas non haberet, & præterea occasionem, eam rem pluris vendendi se habere, existimaret, rogavit me, ut illam rem, quam venalem habui; sibi traderem. Ego rem ipsi dedi sub hoc expresso pacto, ut pro ea vel 100. fl. pro pretio ferat, vel rem incorruptam restituat. Titius rem accipit, sed, quem credidit empturum, non emit, & intereà res furtò ablata est. Hoc in casu periculum spectat ad *Titium*, ex *Ratione*, & *Lege* allegata, II. casu periculum spectat ad dominum *d. l.* 17. §. I. eò quòd, utilitas primariò subesse, censeatur, Quòd si verò de *Rogatione* non appareat, in *dubio* periculum spectabit ad *dominum*; ita tamen, ut proxeneta *dolum, latam*, & *levem culpam*, præstet, *d. l.* 17. §. I. *Brunnem.* in *d. l.* I. §. I. *Bachov. ad Treutl. vol.* I. *disp.* 30. *lit. E.* Vide etiam *Schamb. Inst. hic. Zoes. ff. de æstimat. act.* & *Harp. n.* 92.

Ex *dictis* jam facilè *colliges*, quid sit actio præscriptis verbis æstimatoria, 197 nimirùm *actio civilis, bonæ fidei, quæ datur ei, qui rem, æstimatione facta, alteri vendendam dedit, ejusque hæredi, adversus eum, qui accepit, hæredesque ejus, ut vel res restituatur, vel æstimatio præstetur, Struv. loc. cit. th.* 8. *per tot.*

DE

DE ACTIONE PRÆSCRIPTIS VERBIS EX PERMUTATIONE.

180 Casus: habeo libros Theologicos, de quibus, cum tuo corpore Juris glossato permutandis, inter nos conventum est. Ego ex parte mea conventioni steti, librosque Theologicos tibi quantocyus tradidi: tu verò, licèt à me aliquoties amicè interpellatus, Corporis Juris glossatum tradere mihi recusas. Q. *quomodo m hi contra te prospectum, consultu rve sit?* & R. quòd mihi adversus te competat actio *præscriptis verbis* ex *Permutatione*. Quam eleganter *describtis*, quòd sit *actio personalis, civilis, bonæ fidei, competens ei, qui rem certam animo permutandi dedit, ad hoc, ut ab altero res vicissim tradatur; aut res tradita restituatur, ut denique id, quod interest, præstetur. Manz. Inst. hic. n. 7.*

Dixi I. *personalis*, quia descendit ex contractu *innominato*, puta, *do*, ut *des* seu *Permutatione*, quæ contractus est *vetustissimus*, & omnium *primus*. Oldedorp. *Class.* 4. *act.* 37. *pag.* 737.

181 ubi *observa*, Nonnullus magnopere invicem *altercari*, num contractus innominatus do, ut des, à permutatione differat? ita, ut aliqui existiment, in eo differre, quòd permutatio tunc fieri dicatur, quando certe rerum species commutantur cum certis speciebus, veluti, si do tibi *meum equum*, ut tu mihi des *tuum*. Contra verò contractus do, ut des tunc celebrari dicitur, si *genus* cum *specie* commutetur, v. g. si do tibi *equum*, ut des mihi *frumentum*; vel, si do tibi *vinum*, ut des mihi *frumentum Manz. n.* 12. *Zoes. ff. de permut. n.* 4. *Harp. n.* 85. Verùm ne de lana caprina otiosè contendas, dic, permutationem, & contractum innominatum do, ut des, reipsa non differre, cùm nemo tam incurius præsumatur, qui hunc contractum ineat, nesciens, quid recepturus sit. *Schamb. & Vult. hic.*

Dixi *II. ei, quem rem dedit*; permutatio enim solo consensu non contrahitur, sed rei interventu, ita, ut priùs non producat actionem, quàm res ex una parte data sit, *l.* 3. *Cod. de rer. permut, Brunnem. ibid.* In quo differt *permutatio* ab *emptione venditione*, quæ solo consensu perficitur. *Manz. n.* 11.

Dixi III. *ad hoc, ut ab altero res vicissim tradatur; aut res tradita restituatur; aut denique id, quod interest, præstetur.* Ubi, impensè velim, *observes*: Quòd in præfixo casu in meo positum sit arbitrio. & libera voluntate, num. postquam mea ex parte contractum adimplevi, adversus te agere velim ad hoc, ut & tu ex tua parte contractum impleas, quo in casu actio præscriptis verbis mihi competit: num verò pœnitere velim, ita, ut malim, libros Theologicos mihi restitui, quàm ex tua parte contractum adimpleri. & possum variare meam petitionem, atque petere, ut libri Theologici, tibi jam traditi, mihi restituantur, quo in casu mihi competeret condictio *causâ data, causâ non secutâ d. t. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. Zoes. ibid.* Ratio hujus est, quia in contractibus inominatis locus est pœnitentiæ ex parte illius, qui implevit contractum, *l. Si pecuniam. ff. d. t. Oldendorp. loc. cit. fol.* 741. Dixi: *ex parte illius, qui implevit contractum*, alter enim, etsi vel maxime deinde vellet adimplere contractum, non teneris ampliùs rem recipere, cùm mora sua cuique noceat. *Manz. n.* 40. *Wesenb. in parat. ff. de transact. n.* 7. Quò pulchrè facit *l. plen. Cod. de rer. permut. & Brunn. ibid.* Porrò, sicuti

in electione est illius, qui ex sua parte contractum implevit, agere ad hoc, ut ex altera parte etiam impleatur; vel, ut res tradita restituatur, & sic à contractu discedatur; ita quoque is, qui non implevit traditione permutationem, non tenetur præcisè, tradendo rem conventam, implere contractum, sed, præstandò interesse, se liberare poterit, *l.* 4. *Cod. d. t.* Brunn. *ibid. n.* 4. & Bartol. in *l. ult. Cod. eod.*

De Petitione Hæreditatis.

182 *Casus*: Titius decessit ab intestato, & ego sum proximus illius Agnatus, ita ut conjunctione sanguinis me nullus antecedat. Vel: Titius fecit testamentum, & me in illo hæreditatem scripsit. Ego hæreditatem adivi, & me hæredem declaravi. Interim Cajus totam hæreditatem, vel ejus partem, vel rem aliquam hæreditariam occupat, &, ut mihi eam restitueret, amicè requisitus, retractat. *Q. quomodo mihi consultum sit?* ℞. quod detur mihi actio, quæ vocatur *petitio hæreditatis*, quâ peto, me declarari hæredem, & Cajum condemnari ad id quod possidet, mihi unà cùm fructibus restituendum. *Nanz. Inst. hic. n.* 3.

183 Unde *definitur* petitio hæreditatis: quòd sit *actio in rem universalis bonæ fidei, quæ datur ei, qui vel ex testamento, vel ab intestato hæres est, adversus eum, qui pro hærede vel pro possessore rem hæreditariam possidet, ad hoc, ut declaretur hæres Titii, piè defuncti, & Cajus condemnetur, ut hæreditatem, vel partem ejus, vel rem hæreditariam, quam possidet, restituat unà cum fructibus, & emolumentis*: Oldendorp. *Class.* 5. *fol.* 977.

184 Dixi I. *in rem*, quia non datur contra eum, qui nobis ex contractu, vel delicto obligatus est; sed contra eum, qui rem hæreditariam possidet, quam nobis patimus restitui, quod est proprium actionum realium. *Manz. n.* 10. Præterea huc facit *l.* 8. *ff. de pet. hæred.* ubi hæreditatis petitio vocatur *Vindicatio*; Vindicationes autem sunt omnes actiones reales, §. 15. *Inst. h. t.*

Non *obstat*, quod per petitionem hæreditatis actor petat, sibi dari pretia rerum hæreditariorum, quas possessor distraxit. Item æs alienum, à debitoribus hæreditariis exactum, *l.* 25. §. 18. *ff. de petit. hæred.* petere autem, sibi aliquid dari, hoc est, dominium transferri, proprium sit actionum personalium, in quibus agitur ad dandum, vel faciendum: in realibus vero ad restituendum. Siquidem exinde plus non sequitur, quàm quòd petitio hæreditatis multas etiam habeat præstationes personales, *d. l.* 25. §. 18. quapropter in *l.* 7. *Cod. de petit. hæred.* mixta, & personalis actio vocatur. Interea tamen, cùm per istam actionem, potissimum ad res hæreditarias, restituendas, agatur, rectè *Justinianus* hic eandem simpliciter statuit esse realem, cùm à potiori fiat denominatio. Schneid. *hic. n.* 2. Bach. *ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 14. *th.* 2. *Lit. B.* Zoes. *ff. de petit. Hæred. n.* 3. Struv. *Exercit.* 20. *lib.* 5. *lib.* 3. *Thes.* 45. *Lit. B.*

Dixi II. *universalis*, quia per eam 185
petitur corpus bonorum, hoc est, universitas, in qua sunt varia Jura, & diversæ species, res scilicet *corporales*, & *incorporales*, *mobiles*, & *immobiles* & cum *actiones* assimilentur *Rebus*, quæ petuntur, sequitur, petitionem hæreditatis actionem esse *universalem*, utpote per quam universitas bonorum petitur. *Wesemb. in paratit. de petit. hæred. n.* 6.

Non *refragatur*, quòd res, etiam 186
minima, hac actione, petatur, ut minùs rectè universalis esse videa-

videatur. Enim verò, qui hanc actionem instituit, non metitur Jus ex re, quam adversarius habet; sed ex Jure, quod ipse habet, quale est universale, tam respectu totius hæreditatis, quàm partium; quod enim Juris obtinet in *toto*, id & in *parte* habere, dicitur, *l. 76. ff. de R. V. Zoes. loc. cit. num.* 5.

187 *Cui competat?* Datur I. *Petitio hæres ditatis* illi, qui hæres est, vel ex testamento, vel ab intestato, *l.* 1. *ff. de petit. hæred.* sive per se, sive per alium, in potestate existentem, puta servum, vel filiumfam. *l.* 2. & 3. *eod.* idem enim est si servus, vel filiusfam. hæres scriptus est, ac si pater: vel dominus scriptus fuisset, cùm Dominus, & servus, Pater, & filius pro una, eademque persona habeatur, & omne acquiratur Patri, & Domino, *tot. tit. Inst. per quas pers. Zoes. ff. de petit. hæred. n.* 2.

II. Datur pretio hæreditatis hæredi, *l.* 3. *ff. d. t.* ut ecce! Titius, hæres Sempronii, decedit; & successorem relinquit Cajum; isti Cajo hæreditatis petitio competit, sicuti Titio competeret, si viveret. Ratio est, quia hæres est etiam testatoris hæres *l. fin. Cod.*

188 *de hæred. Inst.* III. Datur hæc actio, sive quis sit hæres in *solidum*; sive ex certa *parte*; dummodò illa pars sit quota *hæreditatis*, non autem quota *bonorum*. Nam quota hæreditatis continet omnia Jura *activè* & *passivè*, cùm sit pars Juris universalis, & etiam in quota hæreditatis petit se aliquis hæredem declarari. Sanè, qui quotam bonorum habet, petitio hæreditatis ei non competit, quia talis habetur instar legatarii; legatarius autem, pro consequendo legato, non habet petitionem hæreditatis; sed actionem ex *testamento*, vel *rei vindiationis*; vel actionem *hypothecariam*, *l.* 1. *ff. de legat* 1. IV. Datur hæc actio emptori hæreditatis, non quidem *directa*; quia, qui emptam, aut donatam hæreditatem possidet, eam titulò *universali* non possidet, sed *singulari*, id est, ex conventione partium, quæ conventio hæredem non facit, *l.* 3. *Cod. de pact. convent.* sed *utilis* datur hæreditatis emptori, *l.* 5. *Cod. de hæred. vend.* his verbis: *quamvis utiles etiam adversus debitores hæreditarios actiones emptoris tribui placuit. Zoes. ff. de hæred. pet. n.* 12. *Schneid. n.* 15. prædicta non sic intelligas, necesse est, ut emptor habeat petitionem hæreditatis contra possessores rerum hæreditarium: non autem contra venditorem; quia contra eum actio personalis ex empto locum habet. *Schneid. loc. cit.*

Contra quem competat? Datur hæc 190
actio I contra possidentem pro hærede, *l.* 9. & *l.* 10. *ff. de hæred. pet.* Qualis ille dicitur, qui asserit, & contendit, se hæredem esse; cùm tamen in rei veritate non sit. Nec *refert*, ùtrùm bonâ fide putet; se esse hæredem, an mala fide se hæredem asserat? *d. l.* 11. *ff. eod. Schneid. n.* 18. II. Datur contra possidentem pro *possessore*, qualis ille dicitur, qui nullam *justam* vel *coloratam* causam possidendi habet. &, qui interrogatus, cur possideat? nullam possessionis suæ causam reddere potest, sed simpliciter R. quia possideo, *l. pro hærede.* 11. §. *fin. ff. eod. l.* 7. *Cod. eod.* Id genus sunt *prædo*, *fur*, *raptor*, & quilibet alius malæ fidei possessor. *Manz. n.* 35. Idem est, si quis allegat *titulum*, sed *invalidum*, v. g. titulum pro *emptore*, si sit res empta à *furioso*; pro *donato*, si res *uxori* à marito donata sit; pro *dote*, si à minore 12. annis, nupta mihi, sciens dotem accepi; nam quoties minor

minor 12. annis nubit. matrimonium non est, consequenter nec proprie dos esse censetur, utpote quæ non datur sine matrimonio, *l. 3. ff. de Jure dot.* tales ergò pro possidente, seu pro possessore habentur, per *Text. apert. l. 13. §. 1. ff. de hæred. pet. Zoes. num. 17.*

191 *Dices*: nemo cogitur possessionis suæ titulum allegare, *l. 11. Cod. de hæred. petit.* & quidem ex ista ratione, quia valde incivile foret, reum ad suum incommodum, & actoris commodum ad hoc cogi posse, ut daret arma actori contra se ipsum, *l. 7. Cod. de test.* ergò, conventus petitione hæreditatis, *Titulum* allegare non tenetur. ℞. *anteced.* regulariter verum esse, limitationem tamen poni in hæreditatis petitione, quâ conventus tenetur dicere titulum suæ possessionis, & ad hoc per Judicem compelli potest. Ratio est. ne Judicium reddatur elusorium &, ut sciatur, poteritve reus hac actione conveniri? nam (ut dicemus *infra*) hæc actio contra titulò justò possidentem non datur. Neque Reo, id durum esse, videatur, quòd videlicet, conventus petitione hæreditatis, teneatur edere titulum suæ possessionis, quia, si justam causam allegaverit, hanc actionem à se avertet. *Zoes. ff. h. t. num. 17. Manz. num. 71.* Et quidem ista exceptio, se possidere cum titulo, ex communiori opinione peremptoria est, ita ut etiam post litem contestatam usque ad sententiam opponi possit; quo tamen casu reus condemnatur actori in expensas. *Schneid. n. 33. & n. 35.*

Illud in *dubium* rapitur, *an hæreditatis petitio detur contra titulo possidentem*, v, g. an, qui bona fide rem possidet ex *empto donato*, *legato*, *dote*, *&c.* teneatur hac actione, puta, petitione hæreditatis? Partem *affirmativam* evincere videtur *text. l. 13. ff. de petit. hæred.* ubi (*utiles* saltem) petitio hæreidtatis contra eum, qui titulo singulari possidet, dari asseritur.

Verùm *negativa* (ut ùt egganiant aliqui *Neoterici*) communis est *Teste Bach. lib. 11. cap. 4. Zoes. ff. h. t. num. 18. Schneid. num. 20. Manz. num. 36. & Glettle P. 2. Q. 15.* *Probatur* unicâ, sed solida hac ratione, quia ad hoc, ut actor vincat reum, debet se fundare in Jure potentiori, quàm reus; aliàs in pari causa melior est conditio possidentis, *cap. 65. de R. J. in 6.* sed in petitioni hæreditatis actor principaliter se fundat ex suo titulo, & habet titulum nudum, scilicèt quòd hæres sit; qui tamen non est verus titulus, aliàs non daretur hæc actio contrà possidentem pro hærede, sed qualitas quædam. Reus verò conventus habet duplex Jus, Titulum scilicet emptionis, & possessionis, adeòque æquè titulum habet, ac hæres, &, cùm simul quoque possessionem habeat, subintrat regula, quòd in pari causa melior sit conditio possidentis, *d. cap. 95.* 192

Confirmatur per *l. 2. Cod. de pet. hæred.* ubi dicitur: *emptor autem, qui propriò munitus possessionis titulò est, etiam singularum rerum Jure convenitur, ergo conveniri debet actione in singulari.*

Ad *c. l. 13. & 14.* ℞. ibi poni limitationem ad nostram sententiam, videlicet in duobus casibus contra emptorem hæreditatis hanc actionem dari, I. si modico pretio emerit. II. si hæredi contra venditorem consultum non sit, fortè quia abest, vel solvendo non est. *Schneid. n. 26.* Manet proinde vera *Conclusio*, contra titulò possidentem petitionem hæreditatis non dari.

Sed

193 Sed Q. quam ergò hæres actionem habeat ? R. rei vindicationem, *l.* 4. *Cod. in. quib. cauſ. ceſſat. long. temp. præſcript.* Ratio, quia hæres per aditionem hæreditatis ſit dominus hæreditatis, ut proinde actionem rei vindicatoriam Jure intentet; quæ tamen actio niſi difficilior eſt, quàm hæreditatis petitio, eò quòd in hac ſufficiat probare, ſe eſſe hæredem, & res petitas tempore mortis apud defunctum fuiſſe. In illa verò actor rei dominium probare tenetur, cujus probatio, quàm ardua ſit, & difficilis, nemo eſt, qui neſciat. *Schneid. n.* 22.

Dices: neque rei vindicatio contra poſſidentem datur, quia æquè reus exceptivè diceret: ego cum titulo poſſideo; & licèt tu actor te fundes quoque in titulo, puta, in dominio; tamen ego præter titulum habeo etiam poſſeſſionem, ergò ego ſum potior, quia in pari cauſa &c. *Reſp. neg.* eſſe parem cauſam actoris, & rei, qui enim ſe fundat in dominio, & illud probat, majus, & potentius Jus habet, quàm ille, qui ſolùm nititur tituló, & poſſeſſione; potuit enim eſſe, titulum non fuiſſe translativum dominii, quia tradens dominus non erat. Ita *Schneid. n.* 23.

194 *Quæ requirantur?* A parte actoris *duo* requiruntur I. ut ſit hæres defuncti, de cujus hæreditate agitur, ſive fuerit hæres inſtitutus in teſtamento, ſive ab inteſtato ſuccedat defuncto, *l.* 1. *ff. h. t.* III. Ut nunquam adhuc habuerit poſſeſſionem rerum, pro quibus hanc actionem intentat. Unde ſi rerum hæreditariarum poſſeſſionem jam ſemel conſecutus eſt, & ex poſt facto poſſeſſione cecidit; non ampliùs petitionem *hæreditatis*, ſed rei vindicationem habet, eſtque ratio, quia hæres, qui conſecutus eſt poſſeſſionem rei hæreditariæ jam eſt dominus ejus effectus, ita, non ampliùs dicatur res hæreditaria, ſed propria ipſius hæredis, *l.* 1. §. 15. *ff. de acquir. poſſ.* in petitione autem hæreditatis non veniunt res propriæ, ſed hæreditariæ, *l.* 16. §. *Non ſolùm ff.* h. t. *Schneid. n.* 58.

A parte rei etiam duo deſiderantur. I. Ut rem *hæreditariam* poſſideat. II. Ut eam poſſideat pro *hærede*, vel pro *poſſeſſore*, quia hæc actio non datur contra tituló poſſidentem, ut mox *antè* demonſtratum.

III. Denique requiritur, ut res tempore mortis vel in poſſeſſione vel detentione defuncti fuerint, nulla facta diſtinctione, an earum dominus fuerit, nec ne? quia & res *commodatæ*, *depoſitæ &c.* in hanc actionem veniunt, *l.* 8. *ff. Commod.* eſtque ratio; quòd periculum ad hæredem ſpectet. *Schneid. n.* 60.

Ad quid competat? Datur petitio hæreditatis ad hoc, ut declaretur hæres, & ut hæreditas ipſi reſtituatur unà cum fructibus, *Manz. n.* 52. qui autem, & quales fructus reſtitui debeant? *collige* ex *Scriptis ad* §. 35. *Inſt. de R. D.* 195

§. FUERAT 29.

Materiam aggredior *utilem*, & *quotidianam* & per conſequens ſtudiò, & ſedulitate dignam, ubi præliminariter *noto*, olim tam marito pro dote promiſſa conſequenda, quàm uxori pro dote datâ repetenda duas actiones competiſſe, actionem ſcilicet ex *ſtipulatu*, quando ſtipulatio erat interpoſita, & *rei uxoriæ* actionem. Verum, *Juſtinianus* rei uxoriæ actionem ſuſtulit; & quidquid plus Juris erat in rei uxoriæ actione, transtulit in actionem ex ſtipulatu, ita ut pro dote una duntaxat 196

taxat actio ex stipulatu competeret. Cujus actionis naturam priusquàm *discutiamus*, non abs re erit, illa privilegia, quæ *Justinianus* huic actioni ex stipulatu pro dote annexuit, enumerare.

197 Quo[illegible] IV. occurrunt. I. est, quòd actio ex stipulatu pro dote sive consequenda, sive reperenda sit bonæ fidei, licèt aliàs actio ex stipulatu sit stricti Juris, *arg.* §. 28. *Inst. h. ta* Estque Ratio hujus privilegii, qui, successit in locum rei uxoriæ actionis, quæ erat bonæ fidei, surrogatum autem sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur, *l. un.* §. *Sed etsi* 1. *Cod. de Rei uxor. action. Manz. hic.*

198 II. Privilegium hujus actionis est, quòd stipulatio de præstanda & restituenda dote fingatur intervenisse: licèt in rei veritate nunquam intervenerit. Quod privilegium parum utilitatis habere mihi videtur, cùm etiam nudum pactum sufficiat, hoc enim habet assistentem legis, & producit actionem pro dote, ut actio ex stipulatu superflua esse videatur; nisi dicas, ideò stipulationem fingi intervenisse, ut magis firmaretur promissio dotis, & efficacior actio nascatur, cùm aliunde stipulatio sit firmior cæteris contractibus. *Schneid. num.* 23.

199 Privilegium hujus actionis est Jus tacitæ hypothecæ, quòd uxor habet in bonis mariti pro dote sua, omnia enim bona mariti sunt tacitè obligata, & hypothecata pro restitutione dotis, *l. un.* §. 1. *Cod. d. t.* Jure enim civili maritus (*regulariter*) non lucratur dotem, etiamsi uxor præmoriatur; sed, soluto matrimonio dos *uxori*, vel *hæredibus* ejus restituenda est, *l.* 2. *ff. solut. matr.* & pro tali restitutione dotis omnia bona mariti tacitè uxori obligata sunt, adeò ut *Schneid. n.* 32. ex Caldo afferat, mortuò marito, uxorem posse propriâ authoritate absque licentia Judicis, remanere in detentione domûs, quam cum marito vivente inhabitabat, donec scilicet dos restituatur. Et hoc dictum diligentissimè notare, jubet *Jason* ad *hunc* §. 29.

Porrò, sicuti uxor pro dote Jus tacitæ hypothecæ habet in bonis mariti; ita, Rotâ versâ, maritus habet Jus tacitæ hypothecæ in bonis uxoris, pro dote consequendo, *d. l. un* 1. *v. Damus ex utroque latere hypothecam. Schneid. n.* 44. 200

Effectus autem hujus *privelegii* est quòd uxor, ratione istius hypothecæ, possit agere actione *hypothecariâ*, etiam contra extraneos possessores rerum ipsius mariti. Sicut enim expressè hypothecata, si alienantur, transeunt cum suo onere, *l.* 12. *Cod. de distract. pig.* ita & tacitè obligata. *Schneid. n.* 34. 201

Dubitatur, *an privilegium tacitæ hypothecæ sit reale? an personale?* R. esse reale, & per consequens omnibus aliis prodesse, ad quos ista actio ex stipulatu pro dote transit. Imò teste Bartolo tacita hypotheca ad quemcunque transmittitur; etiamsi transiret ad Diabolum infernalem res, in dotem data *Schneid. loc. cit.* 202

Quartum privilegium, quod mulieribus circà actionem dotis concessum est, Jus *Prælationis*, ita, ut mulier non solum habeat in bonis mariti tacitam hypothecam, sed etiam Privilegium prælationis, quod præferatur omnibus aliis Creditoribus mariti, etiam anteriora Jura habentibus, contra vulgarem Regulam: *prior Tempore, potior Jure.* & hoc propter *Commiserationem*, & Favorem mulierum. *Quis enim* (inquit Imper. in *l. Assidui.* 12. *Cod. qui pot. in pig. hab.*) *earum non misereatur, propter obsequia, quæ mari-* 203

tis

tis præstant, *propter partûs periculum*, & *ipsam liberorum procreationem?* Concurrit insuper publicus favor, quia Reipublicæ interest, mulieribus conservari dotes, ut faciliùs novos maritos acquirant, liberisque civitatem repleant. *Schneid. n.* 51. *n.* 52. sed.

204 Q. *quibus creditoribus mulier*, *ratione dotis*, *præferatur*? *Observa* triplicis generis esse creditores. I. *Chyrographarios*, quales illi dicuntur, qui tantùm habent *personalem* aliquam *obligationem* contra personam debitoris, non vero certum aliquod Jus *expressè*, vel tacitè in bonis debitoris. II. sunt creditores *hypothecarii*, qui, ultra personalem obligationem, habent etiam bona debitoris, tacitè sibi obligata. Sicut bona *Tutorum* pupillo tacitè sunt pro *Administratione*, Tutelæ obligata *l.* 20. *Cod. de administ. tut.* Item *Locatori* sunt *Conductoris* bona, in domum conductam illata, tacitè hypothecata, *§. Serv. Instit. de act.* III. sunt creditores hypothecarii, qui, ultra *personalem* obligationem debitoris, habent etiam *Pignora*, & expressas *Hypothecas*, ùt quando debitor expressis *verbis* obligavit creditori *Domum*; vel etiam *Pignus realiter* tradidit. *Schneid. n.* 56. *n.* 57. *Zoes. ff. de Privileg. credit num.* 6. His præmissis sequitur.

Assertio I. Creditoribus chyrographariis mulier quin præferatur, dubium nullum est, *d. l. Assid.* 12. *Cod. qui pot. in pig.* & hoc non solùm ex *privilegio* mulierum, sed etiam ex dispositione *Juris communis*, qua cavetur, ut quilibet, habens Jus reale, præferatur habenti Jus personale, *l.* 9. *Cod. qui pot. in pig.. Schamb. hic.*

Assertio II. Mulier præfertur creditoribus hypothecariis, tacitam hypothecam habentibus; sive *priorem*, sive *posteriorem*, *d. l. Assiduis* 12. est. que Ratio, quia non tantùm hypothecam habet, sed etiam privilegium *prælationis*, & sic majus Jus. Duæ enim rationes vincunt unam, & duo vincula fortiùs ligant uno. Deinde Jus Prælationis inutile foret, si priorem tacitam Hypothecam habentibus uxor non præferretur, cum ex Jure communi *posteriorem* tacitam habentibus præferatur. *Manz. hic.*

Dubitatur, *an mulier præferatur Fisco?* observa, quòd Fiscus in omnibus bonis Creditorum tacitam hypothecam habeat, licèt non fuerit de pignore conventum, *l.* 1. & 2. *Cod. in quib. caus. tacit. pign. &c.* ita, ut Fiscus in bonis, post contractum, cum eo initum, quæsitis, cæteris creditoribus, anteriorem tacitam hypothecam habentibus, præferatur, *l.* 28. *ff. de Jure Fisci.* dixi *post contractum*; in bonis enim, ante contractum, cum Fisco initum, quæsitis debitori, Fiscus non præfertur; sed, prior tempore, erit potior Jure, *l.* 8. *ff. qui pot. in pig. Hunn. ad Treutl. vol. post. disp.* 24. *th.* 7. *Q.* 88. Jam ℞. respectu tacitæ hypothecæ mulierem, & Fiscum pari passu ambulare, nec Fiscum præferri mulieri, nec contra: sed qui prior est tempore, est & potior Jure. Et ita docet *l.* 2. *Cod. de privileg. Fisci. Hunn. loc. cit.* 44. *Schneid. n.* 56. 205

Non *obstat* generalitas *Textûs lib.* 12. *Cod. qui pot. in pig.* ubi generaliter definitur, mulierem potiora Jura habere contra *omnes* mariti creditores, &, cùm hic *textus* sit *correctorius*, ac *Jus novum* inducat, idcirco videtur dicendum, *d. l.* 2. *Cod. de privileg. Fisc. corrigi* & *emendari.* Non (inquam) hoc *obstat*; tamersi enim verba *d. l.* *assi-*

assiduis 12. sint generalia, atque omnes omninò creditores postponant mulieri; regula tamen ista nova, & correctoria non erit ad exceptiones, eaque, quæ singulari nituntur privilegiò referenda. Nunquam enim leges novæ, & correctoriæ, quamvis generales, ad ea applicentur, quæ speciali, ac singulari privilegiò nituntur. *Hunn. loc. cit.* Dicta hactenus sine gravi dissidio procedunt.

206 Sed controvertitur, *an mulier in bonis mariti præferatur creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus?* In *negativum* turmatim avolant AA. quos inter *agmen* ducit *Gail. lib. 2. obs.* 25. *n.* 20. ubi ait: in judicando ab hac sententia recedendum non esse. *Schneid. Inst. hic. n.* 58. *Covarruv. lib.* 1. *resol. cap.* 7. *Neguzant. de pignor. & hypoth. P.* 5. *memb.* 2. *num.* 5.

207 *Moventur I.* Hòc argumentò: receptum, & Jure cautum est, Fiscum, & mulierem pari deambulare passu, hoc est, habere eadem, & paria privilegia, *l.* 2. *Cod. de privileg. fisci.* atqui fiscus non præfertur creditoribus, anteriorem expressam hypothecam habentibus, *l.* 4. *Cod. qui pot. in pig. & l.* 8. *ff. cod.* ergò neque mulier. Hoc argum. esse insolubile, autumat *Sichard.* in *l. Assiduis* 12. *Cod. qui pot. in pig.*

Moventur II. quia *provisio hominis potior est, quàm provisio legis*, & hæc cessat, ubi adest provisio hominis, *l. ult. Cod. de pact. & l.* 1. *ff. de test. tam. tut.* quibus locis apertè cautum est, quòd tutela testamentaria excludat tutelam legitimam, & successio ex testamento potior fit, quàm successio ab intestato; atqui creditor privatus expressam anteriorem hypothecam habet ex conventione, & provisione propriâ; mulier verò solummodò ex dispositione legis, *d. l. assiduis* 12. ergò.

Moventur III. Jus, alteri quæsitum, sine facto suo non est auferendum, *l. ult. ff. de pact.* & *l.* 11. *ff. de R. J.* atqui, habentes hypothecam expressam anteriorem, habent Jus, quæsitum facto suo, ergò, ipsis sine facto suo non est auferendum.

Moventur IV. Privilegia, quæ à Principe: aut à lege concessa sunt, non debent extendi in præjudicium tertii, *lib.* 4. *Cod. de Emancipat. liber.* ergò mulier non est præferenda creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus; ne aliàs privilegium, mulieri concessum, in præjudicium creditorum extendatur.

Moventur V. per *l.* 29. *Cod. de Jure dot.* ubi *Justinianus* ait, quòd in casu, quo maritus vergit ad inopiam, uxor possit res dotales vindicare, vel à posterioribus creditoribus, vel ab aliis, qui non potiora Jura, NB. *legibus*, habere noscuntur. Ecce *text.* iste rem posterioribus duntaxat creditoribus, & aliis, qui potiora Jura non habent, hoc est, qui tacitam tantùm, sicut mulier, hypothecam habent præferri statuit; ergò non præfertur creditoribus expressam hypothecam anteriorem habentibus.

Moventur VI. hoc solido & efficaci argumento, in *cit. l. Assiduis.* 12. *Cod. qui pot. in pig.* dicitur, mulierem præferri creditoribus, anterioris temporis privilegio vallatis; ergò mulier præfertur tantùm creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus; hanc enim duntaxat hypothecam habent ex privilegio legis; expressam verò ex conventione propria.

Moventur VII. hac (ut sibi blandiuntur) *gygantæa* ratione, quia (ajunt) multi creditores, qui fortè credide-

runt,

runt, quòd per expressam hypothecam sibi optimè providerint, sic contra bonam fidem iniquè deciperentur, quod absurdum foret.

VIII. & *ultimò.* Antagonistæ pro firmanda sententia ponunt casum, in quo (dicunt) dari indissolubilem pignoris controversiam, circulum vitiosum, v. g. *primò* loco concurrit *creditor privatus*, habens expressam hypothecam anteriorem. *Secundò* loco concurrit *fiscus*, habens ex privilegio legis tacitam hypothecam. *Tertiò* loco comparet *mulier* cum sua *dote*, habens privilegium tacitæ hypothecæ, & prælationis. Hoc in casu mulier non potest præferri creditori privato, quia creditor privatus præfertur fisco, utpote, cui omnis præfertur, qui habet expressam hypothecam anteriorem. *Berlich. p.* 1. *Concl.* 65. *n.* 119. & *communiter omnes.* fiscus autem præfertur mulieri, cum qua pari passu procedit, ita ut, prior tempore, sit potior Jure; nec una pars alteri præferatur, *l.* 2. *Cod. privil. fisc.* ergò mulier in casu posito non potest præferri privato creditori, cùm iste præferatur fisco, qui fiscus præfertur mulieri, ut proinde creditor privatus etiam sit præferendus mulieri, si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te, atqui privatus creditor vincit fiscum, ergo etiam mulierem, quam vincit fiscus.

208 His non obstantibus, *affirmativa* mihi longè videtur verisimilior, mulierem videlicet in bonis mariti præferri creditoribus, etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus. Ita reipsâ docent *Zoës. ff. qui pot. in pig. n.* 18. *Harp. Inst. hic. n.* 7. & 8. *Each. lib.* 3. *cont.* 99. *Hunn. ad Treutl. vol. poster. disp.* 24. *th.* 7. *Q.* 43. *Bachov. l. cit. lit. B. Berlich. P.* 1. *conclus.* 65. *n.* 6. *Mynsing. cent.* 4. *obs.* 13.

Primum argumentum tale est: clari, & expediti Juris est, quòd is, qui credit alicui ad reficiendam domum, quæ prius alteri expressè fuit hypothecata, tacitam habeat in domo hypothecam, hoc privilegio conjunctam, ut præferatur aliis creditoribus, expressam hypothecam habentibus, *l. Interdum* 5. *ff. qui pot. in pig. hab. l. Licet.* 7. *Cod. eod.* Jam verò mulier, ratione dotis, præfertur ei, qui ad refectionem domûs credidit. *Nov.* 97. *cap.* 2. & 3. ergò præfertur multò magis creditoribus, expressam anteriorem hypothecam habentibus, si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te, *l.* 14. §. 3. *ff. de divers. temp. præscript.* 209

Secundum sic adstruo: Ad *d. l. Assiduis* 12. *Cod. qui pot. in pig.* generaliter, & distinctè asseritur, quòd mulier potiora Jura habeat contra, NB. *omnes*, mariti creditores, ergò etiam contra habentes expressam hypothecam anteriorem; aliàs tantùm haberet potiora Jura contra reliquos, ac proinde esset *Justiniano* in faciem contradicere, utpote, qui prælationis privilegium mulieri concessit contra omnes mariti creditores.

Tertium argumentum in hoc consistit, quòd expressi, & taciti eadem sit virtus, & idem Judicium, *l.* 3. *ff. Si cert.* præcipuè, si sit eadem ratio; atqui mulier præfertur creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus, ergò præferenda etiam erit creditoribus, expressam hypothecam anteriorem habentibus, cùm eadem militet ratio. Ideò enim prioribus præferatur, quia (ut ait *text.*) mulier ob servitia, quæ marito præstat,

ob periculum partus, & dolorosam liberorum procreationem, præmia compassionis meretur, & præterà Reipublicæ interest mulieribus conservari dotes; sed hæc ratio æque militat contra creditores, expressam hypothecam anteriorem habentes, ergò.

Quartum desumitur, ex *Nov.* 97. *cap*. 4. ubi is solus præfertur mulieri, qui in militi m emendam, id est, officium aliquod palatinum ex quo certus erat reditus credidit munitus hypothecâ, eam in rem expressâ; & probatâ per instrumentum, ergò. cùm hic tantum præferatur mulieri, signum est, quòd alii, expressam hypothecam anteriorem habentes, mulieri non præferantur; casus enim exceptus firmatus firmat regulam.

Quintum argumentum, &, exiguo meo judicio, validissimum hoc est; quia certum est, & indubitatum, quòd clementissimus Imperator *Justinianus* privilegium, mulieribus concessum, voluerit esse plenissimum, & amplissimum; atqui, si mulier creditoribus, tacitam hypothecam habentibus, tantùm esset præferenda, hoc prælationis mulieri privilegium raro prodesset, & angustissimis terminis concluderetur, sunt enim certi duntaxat casus, quibus lex tacitam hypothecam induxit, puta locatori in rebus illatis, & invectis in domum conductum; pupillo in rebus tutorum &c. Jam si tunc demum mulieri privilegium prælationis competeret, si concurrit cum locatore vel pupillo, quis non videt? quis non advertit? quam rarò privile-
210 gium mulieri esset utile, aut proficuum.

§ *Argumenta contraria facili conatu prosternuntur.* I. quidem quod attinet, ℞. I, mulierem, & fiscum tum demum pari passu procedere, & paria habere Privilegia, ita ut neutra pars alteri præferatur; sed, prior tempore, sit potior Jure, quando sunt, & concurrunt soli; secù, , si concurrant cum privato, anteriorem hypothecam expressam habente, tunc enim mulier præfertur privato, & consequenter etiam fisco, utpote, cui præfertur privatus. Deinde si mulier, concurrens cum privato, non haberet potiora privilegia, quàm habet fiscus; sequeretur, quòd mulier, habens tacitam hypothecam posteriorem, non esset præferenda privato, habenti anteriorem tacitam hypothecam; siquidem fiscus, habens tacitam hypothecam posteriorem, non præfertur privato, habenti hypothecam tacitam anteriorem, prout ipsi adversarii testantur, & id ipsum probat *l.* 1. *Cod. Rem alienam gerentibus*, *&c.* ℞. II. perpetuum non esse, quòd mulier, & fiscus pari passu deambulant, ex dictis enim patet, & ipsi adversarii admittunt, mulierem præferri creditoribus, tacitam hypothecam anteriorem habentibus; cùm tamen fiscus illis non præferatur *d. l.* 1. ergò *mulier* habet potiora Jura, quàm *fiscus*, *Zoës. loc. cit.*

I I. Adminiculo *distinctionis* ruit, Provisio hominis tollit provisionem legis, si provisio legis facta sit in supplementum provisionis hominis, *con.* si provisio legis sit absoluta, & principalis, ita ut lex per se absolutè aliquid statuat, *neg.* Ecce ideò tutela testamentaria excludit legitimam, & successio ex testamento successionem ab intestato, quia lex induxit tutelam legitimam, & successionem ab intestato tunc, quando quis per testamentum pupillo de tutore: vel sibi de hærede testamentario non providit, atque adeò lex supplet absolutè, ut tutela legitima, & successio ab intestato semper

semper locum habeat; sed tantùm in eo casu, quo homo non providet; secus est in nostro casu, ubi ex absolutè, principaliter, & determinatè disponit, ut mulier creditoribus, etiam anteriorem expressam hypothecam habentibus, præferatur; nec attendit provisionem hominis, per quam licèt creditor acquirat hypothecam; non tamen consequitur ex sua provisione Jus prælationis, hoc enim ex sola legis authoritate competit. Sicuti ergò lex creditori privato, anteriorem hypothecam habenti, dare potuit privilegium prælationis, ita & illud iterum tollere potuit, atque in mulierem transfundere, ut nimirum ista præferatur ratione dotis, omnibus indistinctè creditoribus, concurrente vel maximè favore publico, qui in dote nunquam non eminenter relucet. *l.* 1. *ff. solut. matr. l.* 38. *ff. de pact. l.* 4. *Cod. de primipilo.*

Ad III. ℞. I. allegatam regulam non procedere, quando concurrit favor publicus, qualis versatur in dote; ob publicam verò utilitatem jus alteri quæsitum, sine facto suo aufferri posse, ad longum asseruimus in *lib,* 2. *tit.* 1. *q.* 6. ℞. II. etiam illis, qui habent tacitam hypothecam anteriorem, esse jus aliquod quæsitum; & tamen illis præferri mulierem, ipsi adversarii concedunt, ergò etiam, non obstante, quòd creditor privatus per expressam hypothecam anteriorem habeat jus quæsitum, ipsi tamen præferenda erit mulier. Adhuc aliter ℞. *Schamb. Inst. hic.*

IV. exinde convellitur, quod lex nemini dicatur facere injuriam *l.* 13. 1. *ff. de injur.* atqui lex tribuit mulieri privilegium prælationis, *d. l. Assiduis* 12. ergò. Deinde ista regula: privilegia, à principe concessa non debent extendi in præjudicium tertii, locum non habet, quando cum præjudicio tertii concurrit favor publicus, tunc etiam damnum tertii non trahitur in considerationem, *arg. l.* 15. §. 2. *ff. de R. V.*

V. nec hili, nec pili est, illa enim verba, *qui potiora jura habent*: non denotant creditores, expressam anteriorem hypothecam habentes, sed fiscum in causa primipili, & liberos in dotis maternæ ex actione, *l.* 4. *Cod. in quib. caus. tacit. pig. contrah.* Nos ipsi concedimus, causam primipilarem præferri mulieri, utpote magis privilegiatam, quàm dotem mulieris: Primipilus autem vocatur is, qui annonæ, inter milites distribuendæ, præficitur,

VI. magis con quam infirmat nostram sententiam: textus enim ita sancit, ut mulier præferatur creditoribus, anterioris temporis privilegio vallatis; ergò non tantum illis creditoribus, qui habent tacitam hypothecam anteriorem, sed & illis, qui habent expressam hypothecam anteriorem, præferenda erit, ex ratione; quia & isti temporis privilegio vallati sunt, puta quòd gaudeant prioritate temporis, si cum aliis privatis creditoribus, expressam hypothecam habentibus, concurrant, quæ temporis prioritas non est, nisi privilegium, a lege concessum; quòd enim prior tempore sit in hypothecis potior jure, merum est legis privilegium & beneficium, ut proinde sensus sit, mulierem præferri creditoribus etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus; tametsi contra reliquos creditores privatos temporis privilegio vallati sint. *Hunn. ad Treutl. loc. cit.*

VII. Argum. quod concernit. ℞. quod creditores sibi debeant imputare, quòd cum marito contraxerint, & priùs

prius non diligentius inquisiverint, an tantis facultatibu valeat, ut præter dotem mulieris sibi etiam sufficiant *arg. l.* 19. *ff. de R. J.* vel quòd tam diu exspectaverint, & sibi de solutione non prospexerint, donec vel dos mulieris privilegiis subjiceretur, vel mulier eam reposceret: vel suis beneficiis renuntiaret. *Berlich. loc. cit.*

Ad VIII. & ultimum ℞. 1. aliquos velle *d. l.* 2. *Cod. de Privileg. fisci.* hodie esse abrogatam per *l. assiduis* 12. *Cod. qui pot. in pign.* ita ut hodie mulier etiam fisco, quantumvis priori, præferatur. Ita *Donel. ad d. l. assiduis.* 12. *num.* 3. ℞. 2. fiscum præferri mulieri, si mulier, & fiscus sint soli; secùs, si cum privato concurrant; tunc enim mulier præfertur fisco, non ex propria mulieris, sed ex persona primi creditoris expressam anteriorem habentis; juxta illud: si vinco vincentem te, multò magis vinco te. Deinde si mulier, concurrens cum privato non haberet potiora privilegia, quâm habet fiscus, sequeretur, quòd mulier habens tacitam hypothecam posteriorem, non esset præferenda privato, habenti anteriorem tacitam; siquidem fiscus, habens tacitam hypothecam anteriorem, non præfertur privato, habenti hypothecam tacitam anteriorem, *d. l.* 1. *Cod. rem alien. gerent, Berlich. part.* 1. *conclus.* 71. *num.* 8.

211 Ex hactenus itaque deductis patet; mulierem inspecto jure communi præferri omnibus indistinctè creditoribus, expressam, etiam anteriorem hypothecam habentibus. Dixi: *inspecto jure communi*, secus est de Jure Austriaco, secundùm quod mulier ratione tacitæ hypothecæ ipsi competentis, præfertur posterioribus creditoribus, sive tacitam, sive expressam hypothecam habentibus, non verò, habentibus expressam anteriorem. Ita *Sutt.* in *M. S. lit. H.* ✠. *Heyrath Gut* ubi ait: aliquoties in excelso *Regimine* ita judicatum esse.

Q. *an mulieri, Jus prælationis competat in donatione propter nuptias? ita in bonis paraphernalibus.* Certum est, quòd mulier, tam in donatione propter nuptias; quàm in bonis paraphernalibus, privilegium habeat tacitæ hypothecæ, *lib. ubi* 29. *Cod. de Jure dot. l. fin. Cod. de pact. convent.* Privilegiò autem prælationis in neutro casu gaudet. Non I. Quia *d. l. Assiduis* 12. apertè id negat illis verbis: *non enim pro lucro fovemus mulieres; sed ne damnum patiantur*, suisque *rebus defraudentur*, *Schneid. Inst. æic. n.* 60. Non II. Quia privilegia singularia, & in Jure exorbitantia; strictè sunt accipienda, nec producenda ad consequentias, *l.* 14. *ff. de LL. Zoës. ff. de Jure dot. n.* 25. *Hunn. ad Treutl. vol. poster. disp.* 24. *th. Q.* 53. 212

Dubitatur, *an Privilegium prælationis competat uxori in dote confessata? Observa*, dotem *confessatam* illam appellari; quando maritus præbet *Instrumentum*, vel *cautionem obligationis*, in qua confitetur, se recepisse 1000. in dotem à muliere, & non apparet, illos 1000. fl. esse numeratos. Hæc dos dicitur *confessata*, vel dos *non numerata.* Et sicut in litterarum obligatione datur exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium opponende, ita quoque in dote confessata datur exceptio non numeratæ dotis, intra certa tempora opponenda. Ast quæ sunt illa tempora? Illa nimirum, quæ in *Authent. Quod locum Cod. de dot. causa*; *non numerata.* 213

Nam si intra biennium, à die matrimonii contracti, morte, vel divortio sol-

solvatur matrimonium, tunc uxori, vel ejus hæredibus repetentibus dotem, potest à marito objici exceptio non numeratæ dotis intra annum. Si verò post biennium usque ad decimum annum solvatur matrimonium, tunc intra tres menses hæc exceptio opponi poterit. Sin verò matrimonium, steterit ultra 10. annos, tunc huic exceptioni præscriptum est, ita ut dos confessata habeatur pro numerata, *d. Auth. Schneid. nu. 64.* Concordat *Suttinger. loc. cit.* ibi: *Die exceptio* dotis cautæ, non numeratæ, *hat nach* 10. *Jahren nicht statt.* Quod procedit quoad maritum, secus quoad creditores mariti, quibus confessio mariti non potest præjudicare. *Schneid. num.* 65. *Gail. n. 2. obs.* 81. *Suttinger. lit. dos. lat. Es können auch.*

214 Illud adhuc notandum, *donativa nuptialia*; hoc est, *die Hochzeit* - Præsent, ita ut à parte superstite hæredibus defuncti medietas sit restituenda. *Suttinger lit. H. V. Hochzeit*-Præsent. His ita declaratis, superest, ut de actione *ex stipulatu pro dote* agamus, quæ in rei *uxoriæ actionis* locum surrogata est.

215 *Quid sit actio ex stipulatu pro Dote?* Est *actio personalis, civilis, bonæ fidei, quæ datur marito adversus uxorem, patrem, vel eum, qui dotem promisit, ad dotem consequendam*: vel quæ, *soluto matrimonio, datur uxori, hæredibusque ejus, adversus maritum, ejusque hæredes, ad dotem repetendam.*

216 *Cui competat?* I. Datur marito, pro dote consequenda, sive certa, sive incerta ei dos fuerit promissa, *l. un. Cod. de rei uxor. act.* II. Datur uxori pro dote, marito data, repetendâ. De Jure enim communi, solutô per divortium, vel mortem uxoris matrimoniô, dos non cedit lucro mariti, sed revertitur ad ipsum patrem dotantem, *l. Dos à pat.* 4. *Cod. solut. matr.* ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiat, *l. 6. ff. de Jure dot.* vel etiam revertitur ad mulierem, dotem dantem, & ejus hæredes, *l. 2. ff. solut. mat.* nisi pactum, de lucranda dote, intervenerit, de quo est *tot. tit. Cod. de pact. conv. Manz. num.* 14. tunc enim provisio hominis tollit provisionem legis. III. Datur etiam patri, etiam ex ficta stipulatione. Quod procedit, si nomine filiæ, & pro filia agat; secùs enim est, si pater velit pro sua tantùm persona agere. Quando enim pater vult restitutionem dotis in suam personam conferre, necesse est, ut per solennem stipulationem expresse hoc faciat. *Schneid. nu.* 25. *hic.* IV. Datur hæc actio etiam *extraneis personis*, qua scilicet fœminam dotatam non habent in potestate, v. g. *Matri, Fratri*, &c. sed non aliter, nisi expresse stipulati sint, dotem, solutô matrimoniô, sibi restitui. *Schneid n.* 78. *Manz. n.* 2.

Contra quem competat? I. Datur *marito* contra *uxorem*, quæ dotem dare promisit, *l. 33. ff. de Jure dot.* II. Contra *partem* uxoris, seu *socerum d. l.* 33. III. Contra *hæredes* soceri, *l. 2. Cod. de dot. promiss.* IV. Etiam contra *extraneum*, qui dotem dare promisit, *d. l.* 33. V. Datur *uxori* contra *maritum*, ejusque hæredes pro dote restituenda, & hoc procedit, si Matrimonium, vel per *divortium*, cui maritus culpâ suâ fortè causam dedit (quo casu uxor repetit dotem, & lucratur donationem propter nuptias, *l. 8. §. 7. Cod. de repud.*) vel per *mortem* mariti, ante enim Matrimonium solutum ista actio non datur, eftque ratio quia durante causa dotis, durat dos; sed, durante matrimonio 217

durat causa dotis scilicet onere matrimonii, ergò etiam durat dos. *Manz. n. 27. Limitantur* Dicta, nisi maritus vergeret ad inopiam, tunc enim, quia periculum in mora est, ante tempus matrimonii soluti, pro dote restituenda, agi potest, per *text. express. l. ubi autem 29. Cod. de Jure dot.* Ratio, ne periclitetur mulier. *Manz. nu. 28. Schneid. n.* 100.

Qui dotare teneantur ? I. Dotare *filiam* tenetur *pater*, ita, ut officiô Judicis compelli possit, *l. fin. Cod. de dot. promiss.* paternum enim est officium, dotem dare pro sua progenie. Dicta *ampliantur.* I. Ut, si pater esset *absens*, Judex ex suo officio de bonis paternis possit filiæ constituere dotem, ne perdat tempus nubendi sub exspectatione patris, *l.* 5. §. 4. *ff. de Jure dot. Zoes. de Jure dot. n.* 5.

219 Q. *An teneatur pater dotare filiam, quæ sine ejus consensu nupsit* ? Certum est de *Jure civili*, non teneri, estque ratio, quia de hoc Jure matrimonium, sine consensu patris contractum, est nullum, §. *pen. Inst. de nup.* atqui, ubi matrimonium non valet, ibi nec dos constitui potest, quia matrimonium potest quidem consistere sine dote; dos autem sine matrimonio consistere non potest; & ibi non est matrimonium, ibi nec dos esse poterit, *l. fin. Cod. de donat. l.* 3. *ff. de Jure dot. Hunn. ad. Treutl. vol.* 2. *disp. l.* 24. *th.* 2. *Q.* 13. Verùm cùm de *Jure Canonico* consensus patris ad nuptias non de *necessitate*, sed duntaxat de *honestate* requiratur, *can.* 2. *caus.* 17. *Q* 2. communiter concluditur, si filia nupserit *viro digno*, patrem à dote præstanda non liberat. *Gloss.* in *can.* 16. *caus.* 32. Q. 2. secùs, si *indigno* nupserit contra *honestatem* familiæ. *Schneid. n.* 48. durum enim, & acerbum foret, patrem cogi, filiæ *dotem* assignare, quæ maritum elegit, *nomen*, *dignitatem*, & totam patris *familiam* denigrantem. Quòd si filia 25. annos excesserit, & deinde viro indigno nupserit ? ei propter dote privari non potest, ut proinde præfixa *decisio*, quòd filia, nubens indigno, dote privari possit, intelligatur sub hac *limitatione*; nisi 25. annos excesserit, hoc enim casu patri potiùs imputandum venit, qui tanto tempore filiam distulit in matrimonium elocare, *Nov.* 15. *cap.* 3. *Confirmatur.* Si filia meretrix exhæredari potest, *l.* 10. *Cod. de inoff. test.* ergò etiam, licet pater filium, nubentem indigno, dotare non teneatur, eam tamen dotare tenebitur, si ante 25 annos matrimonio eam non collocaverit, *Schneid. num.* 88. *Hunn. loc. cit.*

Q. *An mater teneatur dotare filiam* ? 220
℞. breviter, quòd non: non enim *maternum*, sed *paternum* est *officium* dotare filiam, *l. neque Mater Cod. de Jure dot.* Sanè si Mater dives sit, Pater autem inops, & illa tenebitur dotare filiam, sicut etiam tunc tenetur alere, *l. Si quis à liberis*, §. 4. *ff. de agnoscend. lib. Zoes. ff. de Jure dot.*

Quid de *fratre* dicendum ? dic bre- 221
viter, quòd sororem dotare *non* teneatur, cùm non *fraternum*, sed *paternum* sit officium dotare filias, *d. l. fin.* Quòd si soror sit inops, frater autem *dives* ? communiter obtinet, eum compelli posse ad dotandam sororem. I. Quia tenetur fratrem inopem alere. *Gloss.* in 4. *ff. de pupill. educ.* II, *Per l. cùm plures* 12. §. *pen. ff. de administ. tutel.* Ubi Paulus, ℞. fratrem honestè quidem, alio patre natam, ut videatur ex necessitate teneri, ad dotandam sororem consanguineam, argumentô à contrario sensu, *Zoes. n.* 16. *Schneid. n.* 95.

Ad

222 *Ad quid competat?* I. Datur, ad consequendam dotem promissam. II. Pro evictione dotis *l. un.* §. *& ut plenis.* ỷ. *dotalibus evictis. Cod. de rei uxor. act.* III. Ad usuras à tempore moræ, quia hæc actio est bonæ fidei. IV. Datur, ad dotem restituendam, si scilicet matrimonium solutum sit.

§. IN BONÆ FIDEI. 20.

223 *Compensationibus.* Compensatio *definitur*, quòd sit *debiti*, *& crediti inter se contributio.* Ideò inducta, quia nostrâ interest, potiùs non solvere, quàm solutum repetere, *l. 3. ff. de compensat.* & frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora. *Harp. n.* 4 cùm ergò *uno* Judiciô res expediri, possit, puta per *actionem* & *exceptionem*, non debet admitti *pluralitas* Judiciorum, interest enim Reipublicæ lites diminui. *Schneid. n.* 8.

224 *Quis sit Effectus Compensationis?* Effectus Compensationis est, quòd per eam tollatur omnis obligatio, *naturalis*, & *civilis*. Quod enim operatur *solutio*, idem operatur *compensatio*, quia habet vim solutionis, *lib. si debitor 4. ff. qui pot. in pig. hab.* Item, compensatio habet hunc effectum, ut sistat cursum usurarum, & impediat pœnam, aliàs ex mora solvendam, *lib. cum aliter ff.* 11. *ff. de compens. lib.* 5. *Cod. eod.* In exemplo: quando hæres differt solvere legata, piis locis relicta, incidit in pœnam, dupli, §. 23. *Instit. h. t.* Jam si hæres, conventus ad istam pœnam solvendam, opponat *exceptionem compensationis*, dicatque causa pia mihi etiam ad totidem obligata est, evitabit pœnam. Estque ratio, quia, ubi nulla est petitio, ibi nulla est mora, *l.* 88 *ff. de R. J.* & paria sunt solvere, & compensare, *d. l. Si debitor 4. Schneid. num.* 11. ubi puta, per compensationem *emphyteutam* posse evitare *pœnam commissi*. Verùm contrarium verius est, nam ut compensatio locum habeat, oportet, ut debitum, quod compensatur, sit *simile*, quod *non* est in *dominio directò*, & *Vasallo*: hic enim non tantùm tenetur solvere *pensionem* annuam, sed per talem solutionem *recognitionem* domini directi declarare per compensationem; ergò, licèt faciat solutionem, ipso tamen factò non recognoscit dominum directum. *Zoes. ff. locati conducti n.* 8.

Quæ debita compensari possint? I. Debitum *civile* & *naturale* potest compensari cum debito naturali & civili simul, v. g. tu 100. mihi debes ex causa *Mutui*, ego tibi 100. debeo ex causa *Venditionis*. In hoc casu datur compensatio, ita ut si adversus me exempto & vendito agas, ego tuam actionem elidam per exceptionem compensationis, *l. 3. ff. de compens.* & hoc extra dubium versatur. II. Debitum, naturale tantùm, compensari pôtest cum debito naturali, & civili simul, *lib. 6. ff. eod.* veluti, debeo tibi 100. ex stipulatione, tu mihi 100. debes ex nudo pacto: Possum tibi, ex stipulatu agenti, objicere compensationem illius debiti, quod ex nudo pacto mihi debes. Idque receptum est æquitatis causâ, subtilitate Juris repugnante. Quod enim natura tantùm debetur, peti non potest, proindeque, in compensationem venire non posse videbatur, quoniam compensatio speciem quandam habeat petitionis, *l.* 15. *ff. rem rata n haberi.* Sed hanc compensandi rationem naturalis æquitas tuetur, quæ hunc obligationi naturali effectum tribuit, ut compensationem cùm debito naturali, & civili simul deduci possit. *Harp. n.* 5 *Brunn.in d.l.6.* 225

226 *Limitatur*; nisi debitum naturale exceptione peremptoria elidi possit, *l.* 14. *ff. eod.* v. g. debeo tibi 100. ex mutuo, tu debes mihi 100. ex nudo pacto, quos tamen per pactum, de non petendo, remisi. Hoc casu, si agas contra me ex mutuo, non possum petere compensationem. Estque ratio, quia debitum, quod exceptione tollitur, debitum non esse intelligitur, *arg. lib.* 112. *ff. de R. J.* si debitum non est, ergò nec in compensationem deduci potest. *Harp. num.* 6. *Schneid.* 14. *Zoes. ff. h. t. num.* 10. ut pro regula deinceps tuendum sit: *quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.* Unde fluit, quòd debitum civile tantùm in compensationem non deducatur, quia semper aliqua exceptione eliditur, proinde in compensationem non deducendum, *d. l.* 3. ✠. *Si quis autem. ff. de*

227 *comp. pecun.* Sanè si exceptio non numeratæ pecuniæ locum ampliùs non habet, fortè, quia biennium elapsum est, rectè adhuc in compensationem deducetur. *Schn. n.* 15. aut si sit tale debitum civile, quod exceptione perimi nequit, ut, si non debitor damnatus sit solvere, quia sententia, quæ habetur pro veritate facit haberi pro debito *Zoes. loc. cit.*

In quibus rebus compensatio locum habeat? I. Possunt compensari res *fungibiles*, scilicet quæ functionem in *genere* suo recipiunt; quænam autem fuit res, functionem in genere recipientes, diximus *suprà de mutuo*, v. g. *Vinum*, *oleum*, *triticum* &c. II. potest *quantitas* cum *quantitate* compensari, v. g. si *decem* tibi, & tu mihi eandem *summam* debeas, fit compensatio; & hoc est, quod DD. dicunt: *quantitatis ad quantitatem rectè compensationem fieri*, ita, ut si sit æqualis, totum debitum tollatur; sin inæqualis, saltem usque ad concurrentem summam. *Manz. n.* 16. *Species* ad *speciem* compensari non potest, unde, si debeas mihi *equum album*, & ego debeam tibi *equum nigrum*, compensatione uti non possum. *Ratio I.* quia in *species* cadit probabilis quædam *affectio*, quod non sic est in rebus *fungibilibus*, & quantitatibus, *l.* 3. *ff. de in lit. jurand.* II. Non datur compensatio *speciei* ad *quantitatem*, veluti, si mihi, petenti à te 10. objiceres compensationem de equo, quem tibi debeo. Ratio, quia unum non fungitur vice alterius. *Manz. num.* 20. III. Non datur compensatio in *deposito*, *Text. hic.* Ratio specialitatis est ipsa exuberantia bonæ fidei, habita in Depositarium. *Manz. num.* 28. *Schneid. num.* 50.

Quæ requirantur ad Compensationem? 228
I. ut debitum hinc inde sit *purum*, liquidi enim debiti ad *illiquidum* non fit compensatio, *l. fin. Cod. de compensat.* v. g. quod in diem debetur, non potest compensari cum debito puro, *l.* 7. *ff. de compensat.* Item, *conditionale* debitum cum debito *puro* non compensatur ante extantem conditionem, quia non tantùm est *illiquidum*, sed adhuc *dubium*, an debeatur? *Schneid. n.* 47. *Hunn. Vol.* 1. *disput.* 25. *th.* 3. *q.* 21. Illud *observa*, quòd pro debito liquido etiam illud habeatur, quod brevi liquidari potest, cùm, quæ parùm distant, nihil distare videantur. *Zoes. num.* 11. *l. cit. Schneid. n.* 18. II. ut sit *quantitas*, sive *res fungibilis*, quæ *pondere*, *numero*, *mensura* constat. *Species* enim cum *specie*, vel *quantitate* compensationem renuit, *l.* 8. *ff. de pignor. act.* ex ratione, quòd compensatio sit solutio; alterius autem pro altero solutio invito non fiat, *l.* 2. §. 1. *ff. de R. C.* propter *affectum*, qui

qui in *speciem* probabiliter cadit. *Zoes. num.* 12.

§. PRAETEREA. 31.

Subtilis est, & *scabrosa* hujus §. materia, adeò ut *Faber* in ea *Praeceptorem* desideret, dicatque, *malle* se discere, quàm *docere*.

CONTINUATIO IN §. ACTIONEM. 28.

229 *Imperator* divisit *Actiones*, in *bonae fidei*, & *stricti Juris*. In hoc §. non ponit quidem *novam divisionem*; sed *ultimi Membri* quasi *sub divisionem*. Nam inter actionem stricti Juris aliquae manent in *puris* suis *terminis*, id est, *stricti Juris*, ita, ut in iis, Judex nihil praecisè facere possit, quam id, quod inter partes contrahentes *dictum*, *conventumque* est; tametsi, id fortè aequum esse, judicet. Aliae autem stricti Juris actiones sunt, in quibus Judex petitionem actoris non statim sequitur reumque convictum condemnat; sed sententiam suspendit, & prius, tanquam *Intercessor*, benevolus *Consiliator*, statuit, & aestimat quemadmodum ex bono & aequo satis fieri oporteat. *Manz. n.* 3.

Adeòque illae dicuntur actiones *arbitrariae*, in quibus Judex reum conventum posset quidem protinùs *condemnare*, eò quod *convictus sit*, sed tamen non protinùs condemnat; & antequam ad *sententiam definitivam* procedat, reum priùs *arbitrio* suo, & per sententiam *interlocutoriam* benignè, ac clementer admonet, & actori satisfacere jubet, atque posteà primùm, si arbitrio ejus satisfacere nolit, *definitivè* condemnat. Ut ecce, actio rei vindicatoria est actio stricti Juris, quia *in* §. 28. non enumeratur. Haec actio fit arbitraria ob contumaciam rei, rem non restituentis; fac enim, quòd Judex non statim processerit ad sententiam definitivam, & reum condemnaverit ad rem, Domino vero restituendam; sed priùs etiam admonuerit, ut rem restitueret, & reus admonitioni non paruerit. Hoc in casu propter contumaciam rei, rem non restituentis, ista actio fit arbitraria, qualis, ut diximus, illa est, in qua praecedit arbitrium Judicis; sive admonitio Judicis, antequam ad sententiam definitivam procedat. *Schneid. num.* 6. *Harp. n.* 2.

Q. I. ex quibus causis actio efficiatur arbitraria? *Schneid. n.* 11. qui in hac subtili, perplexa, & intricata materia *clarissimus* videtur, id IV. *Regulis* comprehendi posse ait. Nimirum 230

I. aliquando actio stricti Juris fit arbitraria, propter adjectionem *loci*, non quidem ad hunc effectum, ut Juramentum in litem locum habeat; ut habeatur ratio interesse propter locum, quòd pecunia non fuerit soluta in hoc loco, in quo solutio fieri promissa erat, v. g. promisisti mihi per stipulationem solvere 100. *Norimbergae*, si promisisses non adjecto illo loco non possem petere, nisi ista 100. sed, propter adjectionem loci, si non solveris Norimbergae, & ego te conveniam in hac Civitate, Judex dicitur arbitrari instar interesse, quanti mea interest illa 100. non esse mihi Norimbergae soluta.

II. Efficitur aliquando actio arbitraria, ratione *poenae imponendae*: propter dolum à principio commissum, vel metum illatum, ut in actione, quòd metus causa; licèt enim inferre metum sit contra bonos mores, non tamen à principio puniuntur, si restituatur id, quod per metum traditum est, quòd in traditione intervenerit consensus ejus, qui metum passus est, & coacta voluntas sit etiam voluntas; sed,

si conventus hac actione, jussus à Judice restituere rem, non restituit; licèt conventus non intulerit metum; tamen propter hoc accidens supervenienss fit arbitraria actio, ut condemnetur Reus ad quadruplum & ita non statim, & originaliter ad pœnam quadrupli datur, sed tunc, si jussui non paruerit.

III. Aliquando efficitur actio arbitraria propter interrogationem Judicis, quòd vertitur in interrogando. Ut *in noxalibus actionibus* Judex potest dominum servi interrogare, an velit resarcire damnum, illatum à servo, vel dare servum pro noxa. Si respondet se servum daturum, & posteà non faciat, jam oritur arbitrium Judicis, ut etiam ad totam summam damni dati eum condemnare possit, & ita fit arbitraria propter condemnationis qualitatem, an in *solidum*, vel *noxaliter* fiat?

IV. Aliquando efficitur arbitraria propter jussum Judicis, de restituendo, vel exhibendo rem: à principio enim & ex natura actionis igitur Rei vindicationis ad ipsam rem tantùm; sed, si conventus, jussus à Judice, restituere rem, & ipse contumaciter recusaret propter ipsam contumaciam, ex post facto supervenientem, potest & debet arbitrari, etiam contra naturam actionis stricti Juris, deferendo actori Juramentum in litem de affectione. *Hucusque Schneid. loc. cit.*

231 Q. II. *Quare actiones dicuntur esse arbitrariæ.* ℞. Quia in his actionibus Judex, priusquam negotium definiat, interloquendo arbitratur, quemadmodum actori satis fieri debeat, cujus is effectus est, ut, qui Judicis arbitrio paruerit, & satis fecerit intra tempora, ab eo dicta, evitet pœnam; & solam rem præstet. Sin minùs? tunc sequitur condemnatio, secundùm rigorem Juris, atque etiam in id, quod actoris interest, & in quantum ab eo juratum fuerit. *Perez. hic.*

Q. III. *An non possit paucis verbis explicari, quid sit actio arbitraria?* ℞. *Posse*; an verò ad captum? *dubito.* Itaque dico, quòd *actio arbitraria sit illa, in qua ex natura actionis sententia interlocutoria præcedit definitivam.* Sive est illa, in qua Judex sententiam definitivam non pronunciat; priùs interloquendo arbitretur, & statuat, quomodo, seu quemadmodùm ex bono, & æquo satisfaciendum sit. Cui interlocutioni si satis fiat, tum illam *absolutio*: sin minùs, eam *condemnatio* subsequatur *Schamb. hic.*

Uti in exemplo actionum, in *hoc* §. enumeratarum, patebit. Quarum *prima* est actio *publiciana*, in qua debet priùs fieri sententia *interlocutoria*, antequam *definitiva* feratur; per interlocutoriam autem jubet Judex, rem restitui actori; quæ si restituatur, absolvitur Reus. Sin minùs, severius proceditur, & manu militari res ab eo auffertur. Si verò illam non ampliùs possideat, sed dolo malo desierit possidere, sequetur gravis illa condemnatio, quanti in litem actor juraverit, Judexque æstimaverit. 232

Secunda actio arbitraria est *serviana*, & *quasi serviana*; quia in hac Judex præcipit possessori pignoris, ut illud restituat: cujus arbitrio, sive jussui si paruerit, aut pecuniam creditori solverit, reus absolvetur. Sin minùs res manu militari ab eo auffertur. Si dolo malo desierit possidere, tanti condemnabitur, quanti in litem ab actore juratum fuerit. Quæ *condemnatio* cùm *gravis*, & *serva* sit, meritò Judex ante definitivam clementius aliquid arbitrari potest. *Manz. n. 9.*

Tertia actio arbitraria est actio, quod

quod metus causa, quia in hac Judex jubet rem, metu extortam, restituere, cujus jussui, si reus paruerit, pœnam quadrupli evitat; sin minus, fit condemnatio severior in pœnam quadrupli. *Perez. Inst. hic.*

Quarta actio arbitraria est actio *de dolo*, quia, si is, qui dolo malo circumvenit aliquem, ad jussum judicis rem non restituat, sequitur condemnatio, quanti actoris interest, dolo deceptum non fuisse, infamiaque notabitur, si verò ante sententiam definitivam rem restituerit, evitabit *condemnationem*, & pœnam *infamiæ*.

Quinta actio arbitraria est actio *de eo, quod certo loco*, quia certo loco constituit, se soluturum, conveniri hac actione potest, etiam alio in loco. Cum ergo hoc durum, & iniquum esse videatur, ideò Judex potest pariter arbitrari, & interloqui, ut satis det reus pecunia, ibi solvenda, ubi promissa est. Quod si Judicis arbitrio Reus paruerit, absolutionem consequetur; sin minùs, sententia definitiva feretur, ut etiam solvat in loco, de quo non est conventum, *l. 4. §. 1. ff. de eo, quod cert. loco. Manz. n.* 14. ubi adhuc aliter hanc actionem explicat.

Sexta actio arbitraria est actio *ad exhibendum*, quia hæc datur, si interfsit actoris, rem exhiberi. Quam si ad jussum judicis restituerit, absolvitur. Sin, minùs; sententia Judicis definitiva condemnabitur, quanti actoris interest, rem exhibitam non esse. *Perez. Inst. hic.*

Septima actio arbitraria est actio *noxalis*, quæ (ut *infra* audiemus) contra dominum competit, quando servus noxam, sive delictum commisit: arbitraria autem est ideò, quia Dominus servi æstimationem damni, ab ipso dati, solvere, vel servum pro noxa debere jubetur; cujus jussui, si paruerit, absolvitur; sin minùs, in tantùm condemnatur, in quantum Reus in litem juravit. *Manz. n.* 16.

Enumeravimus *suprà VII.* actiones arbitrarias, inter quas occurrunt actio *de dolo*, actio *de eo, quod certo loco*, & actio *ad exhibendum*, de quibus quoniam nondum egimus, sequitur modò.

233 Casus *Actoris de dolo*: Titius testamentum fecit, in quo me hæredem instituit, Sempronio latyem supra modum legis *Falcidiæ*, h. e. ultra *dodrantem* legavit. Sempronius mihi *dolosè* persuasit, hæreditatem esse sufficientem, ad integra legata solvenda, & sic suum legatum integrum consecutus est. Posteà ego comperit, quòd hæreditas non sufficiat, quòd potuissem detrahere *Falcidiam. Q. Utrum, & quam actionem habeam contra Sempronium, ad consequendam indemnitatem meam?* ℞. de Jure civili nullam, suæ enim facilitati imputet, qui facile credit, & se circumveniri patitur. Prætor tamen, æquitate motus, concessit actionem de dolo. *Manz. n.* 4 Circa istam actionem autem ita edixit: *quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his alia actio non erit, & justa Causa videbitur, Judicium dabo. Zoës. ff. de dol. mal. n.* 15.

234 *Describi* poterit actio de dolo malo, quòd sit *actio personalis, prætoria, rei persecutoria, stricti Juris, arbitraria, famosa, quæ datur adversus decipientem aliquem dolo malo, causa cognita (si alia actio deficiat) pro consequenda indemnitate.* Ita *Manz. n.* 5.

Dixi I. *Personalis*, quia descendit ex *delicto*.

Dixi II. *Prætoria*, quia descendit ex *Edicto prætoris*, quod habetur in

in *l.* 1. §. 1. *ff. de dol. mal.* ergone erit tantùm *annalis*? olim dabatur anno duntaxat utili, ficut reliquæ prætoriæ actiones; hodie autem durat *biennio* continuo, à die admissi doli numerando, *l. fin. Cod. de dol. mal. Manz. n.* 7. elapso tamen biennio in factum actio supereft, *l.* 28. *ff. de dol. mal. Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 11. *th.* 7. *lit. F.* ex quo *notandum*, quòd ista actio intra biennium, & debeat *intentari* & *finiri*, ita, ut, fi biennium elapfum fit, tametfi adhuc lis conteftata duret tamen ista actio non ampliùs competat; fed mutetur in actionem, contra *l. ult. ff. de fidei commiff. tut.* ubi dicitur, quod *litis conteftatione* actiones *temporales perpetuentur*. Singulare enim & *speciale* eft, actionem doli litis conteftatione non perpetuari. Ratio, quia eft famofum Judicium. *Zoef. n.* 26.

Dixi III. *Rei perfecutoria*, quia datur tantum ad *fimplum*, & fic nullam *pœnam* continet; quod mirum videri poteft, cur dolus, utpote *grave delictum*, non pœna *dupli*, aut *quadrupli*, coerceatur, inftar actionis, *quod metus caufa*, aut *furti*. Dic quod in fua quilibet poteftate habet, à paucioribus *decipi*; nec *fidere* paffim omnibus; at metum *evitare*, five *violentiam*, & *furtum*, non eft penes quemvis. Deinde *dolus* non eam, quàm Vis cum *furto* habet affinitatem, decepto enim volenti, non invito res auffertur; ideoque furti pœna non habet locum, *Manz. n.* 13.

Dixi IV. *Stricti Juris*, quia in §. 28. non enumeratur.

Dixi V. *Arbitraria*, quia, fi rem reftituere juffus, non paruit, tantum condemnatur, quanti actor in litem juraverit. Quid fi autem res *perierit*? tunc Reus protinus condemnatur in id, quod actoris intereft. *l.* 18. §. 1. *ff. de dol. mal. Manz. n.* 17. *Zoef. n.* 24.

Dixi VI. *Famofa*, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. *ff. de dol. mal.* omnia enim Judicia, dolum perfequentia, infamant, *d. l.* 1. §. 4.

Dixi VII. *Dolo malo*, dolus enim *bonus*, quo quis, folertia fua, *Hoftem*, vel *Latronem* circumvenit, hanc actionem non progenerat. *l.* 1. §. *Non fuit. ff. eod.*

Dixi VIII. *Caufa cognita*, cum enim hæc actio fit tam gravis, ut infamet; non temere indulgenda eft: fed, caufæ cognitio præcedat, neceffe eft, *l.* 9. *ff. de dol. malo.* 235

Aft, *quid* venit in caufæ *cognitionem*? ℞. *duo*, videlicet *res*, & perfonæ. Circa rem hoc confideratur, utrum *fumma*, de qua agitur, fit *magna*, vel *modica*? Ideo, fi fumma fit modica i. e. intra *duos aureos* confiftens, non datur *l.* 9. *ff. eod.* Ratio, quia de minimis non curat Prætor *l.* 4. *ff. de integ. reft.* & pœna debet commenfurari delicto; quæ autem comparatio effet inter infamiam, & duorum aureorum? Circa perfonas illud venit in caufæ cognitionem, quænam fint illæ perfonæ, inter quas intentatur? Nam contra *parentes*, vel *Patronos* actio *famofa* non datur, *l. fin.* §. *cum autem Cod. de furt.* Item *humilis* adverfus eum, qui *dignitate* excellit, hac actione experiri non debet, *l.* 11. *ff. eod.* Parcendum enim eft honeftorum virorum exiftimationi, *Schamb. hic Zoef. eod. n.* 17. Interim *liberi*, & *liberti*, aut *humilis* conditionis perfonæ actionem *fubfidiariam* in *Factum* arripere potuerunt, fuæque indemnitati confulere *d. l.* 11. *ff. de dol. mal.*

Dixi

Dixi IX. Si *alia actio deficiat*, impensè enim *notandum*, quod Actio de dolo malo non alias locum habeat, quam si desit alia actio, quæcunque illa sit, *l. 2. Cod. de dol. mal.* Estque ratio, quòd ejus modi actionis genus, quo perpetuæ Ignominiæ nota inuritur, non debeat Prætore temere decerni, habita alia actione, qua quis experiri, & suum consequi potest, *l. 1. §. ait Prætor. ff. de dol mal. Zoës. ff. eod. n.* 15.

236 Sane ut *intelligas*, quando actio de dolo competat; *discernenda* sunt factorum genera. Nam si dolus dederit causam contractui *bonæ fidei*, contractus est ipso Jure nullus, quemadmodum diximus §. 1. *supra de oblig.* Q. 4. Unde vel *vindicationi*, vel *condictioni indebiti* locus erit. Si autem inciderit in contractum bonæ fidei, tunc dabitur actio ex eodem contractu, ut damnum resarciatur. Si vero dolus causam dederit contractui *stricti Juris*, vel in hunc inciderit; tunc, cum alia actio non detur, competit actio de dolo, si res sit tradita: si necdum tradita, exceptio doli, *l. si quis 36. ff. de V. O. Schamb. hic.* habens autem *exceptionem* doli, non simul *agere* potest de dolo, *l. fin. ff. de dol. mal.* Estque ratio, quia per exceptionem doli suæ indemnitati sufficienter potest consulere. Quo in casu, utpote habito ordinario remedio, non est excurrendum ad actionem de dolo, utpote remedium subsidiarium, & extraordinarium, *Hunn. ad Treutl. vol. 1. disp. 11. th. 6. q.* 44. Solet etiam dolus extra contractum fieri. Et tunc, si incidat in *delictum*, speciali nomine signatum, v. g. *furtum*, *rapinam*, &c. producit *ordinariam* actionem v. g. *furti*, *vi bonorum raptorum*, &c. Quòd si autem dolus non producat delictum speciale, ut sunt variæ hominum machinationes; tunc necessariò recurritur ad hanc actionem, ut si quis daret fraudulentum consilium, *l. quod si cum scires*, 8. *ff. de dol. mal.* ita erudite, & solidè *Schamb. hic.*

Dxi X. *Pro consequenda indemnitate*: hæc enim actio ad nihil aliud competit quam, ut *Res*, dolo malo ablata, vel *Interesse* restituatur. Præterea nullam pœnam hæc actio persequitur, ita ut ex parte actoris sit mere rei persecutoria; sibi enim imputet, quòd se tam facile circonveniri passus sit.

Cui & contra quem hæc actio competat? explicatione non indiget: cuique enim patet, dari *decepto* contra *decipientem*, non ejus *hæredes*, nisi quatenus ad eos pervenit, *l. si plures* §. 1. *ff. de dol. mal. Zoës. ff. eod.* & *Schamb. hic.* 237

Casus *de actione de eo*, *quod certo loco.* Mutuos Sempronio dedi 100. fl. sub isto pacto: ut eos mihi Monachii in proximis nundinis præteritis redderet. Sempronius tempore determinato Monachium non venit. Et sic non potui meos 100. fl. consequi, quos si habuissem, potuissem consequi, & promovere aliquam utilitatem, vel damnum aliquod à me avertere. Nunc autem deprehendi ipsum Sempronium Ingolstadii. Q. *Utrum eo loco possim eum convenire*? Dixeris quod *non*, quia *plus loco* peterem, §. *si quis* 33. *infra h. t.* qualis non auditur in Judicio, imo olim causa cadebat. Deinde interesse etiam videtur, me petere non posse, quia mihi datur *condictio certi ex mutuo*, quæ actio est *stricti Juris*: non involvens, nisi ea, quæ inter partes dicta, & conventa sunt.

Verum, quia contingere potest, ut

ut Sempronius nunquam Monachium veniat, vel data operâ, vel aliunde impeditus, & sic ego ex facto ipsius damnum sentirem, idcirco Prætor mihi concessit istam actionem, quo alio loco debitorem meum convenire possum.

238 *Definitur* autem ista actio, quod certo loco, quod sit *actio stricti Juris, arbitraria, qua petimus alio in loco, quam conventum est, id, quod nobis debetur, salvo interesse unius, alteriusve partis.*

Dixi I. *stricti juris*: Ratio, quia in §. 28. non enumeratur. Ratio alia, quia adjectio loci tunc tantum actionem efficit arbitrariam, quando apponitur obligationi *stricti Juris*: non vero, quando adjicitur obligationi bonæ *fidei*. Nam si adjectio loci fiat in obligatione bonæ fidei, tunc actio non fit arbitraria; sed aliunde ex natura sua liberam Judici potestatem Jura tribuunt, ex æquo, & bono judicandi. Ut proinde actione arbitraria opus non habeat. *Manz. n. 9.* Dixi II. *arbitraria*: rationem jam *supra* dedimus. Dixi III. *alio in loco* quia, si quis petat in illo ipso loco; in quem solutio collata fuit, actio manet in terminis stricti Juris, & non est opus arbitriò Judicis. *Manz. n.* 11. Dixi IV. *salvo interesse unius, alteriusve partis.* Ratio, quia arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam Actoris, quam Rei. Quòd si *Rei* interest; minoris sit pecuniæ condemnatio, quam pretium sit. Sin *Actoris*; majoris pecuniæ condemnatio fiet. *l. 2. ff. de eo quod certo loc. Zoes. eod. n.* 7.

239 Casus *de actione ad exhibendum*: Titius mihi per furtum subtraxit aliquot vestes, quarum unam; quod Cajus emerit, audivi. Cum tamen adhuc dubitarem de veritate; num mea vestis sit, nec ne: Petii, illam vestem mihi exhiberi, ac ejus inspiciendæ copiam fieri. Cajus id recusavit. Q. quomodo mihi consultum sit? ℞. Per actionem *ad exhibendum*, quæ opposité *describitur*, quòd sit actio *civilis, personalis, in rem scripta, arbitraria, quæ competit ei, cujus interest pecuniariter, sibi rem mobilem exhiberi, adversus possidentem (licet naturaliter tantum) qui copiam exhibendi habet, ut rem mobilem exhibeat, ut postea experiundi copia fiat.*

Dixi I. *civilis*, quia de Prætoris Jurisdictione nulla fit hujus actionis mentio. *Schamb. hic.* Dixi II. *personalis* quia per eam actor non petit rem aliquam, aut *Jus* aliquod in *re* sibi restitui; sed petit ut reus aut rem inspiciendam exhibeat, aut solvat, quanti ea res erit, quod proprium est actionum personalium, *Manz. n.* 14. Dixi III. *in rem scripta*, quia, tametsi sui origine personalis sit; tamen, quia nihil aliud quam res exhiberi petitur, adversus quemcunque possessorem competit. Dixi IV. *arbitraria*; rationem *supra* allegavimus. Dixi V. *competit ei, cujus interest pecuniariter*; quia non tantum competit domino, sed etiam ei: cujus ex quacunque causa civili, & pecuniaria interest, rem exhiberi non affectu tenus, *l. plen. h. t.* ubi petens exhiberi libros, quia, cum eos legisset, doctior & melior futurus esset, non auditur, *Schamb. hic. Zoes. ff. ad exhib.* Dixi VI. adversus possessorem: sic & creditor, cui res pignori data est, hac actione rectè convenitur, *l. 3. §. fin. ff. ad exhib. Manz. num.* 24. Dixi VII. *ut rem mobilem exhibeat, ut postea fiat, experiundi copia*: hæc enim actio est plerumque actio *præparatoria* ad aliam actio-

actionem in *rem*, vel etiam in *personam*, *l.* 1. *Cod. eod.* interest enim, scire prius, num res sua sit: ne frustra actionem intentet.

§. CURARE 32.

Faciunt *hic* aliam adhuc *divisionem* actionum: scil. quod aliæ sint, quibus *certum*; aliæ, quibus *incertum* quid petitur. Certum dicitur peti, quando ex *libello* apparet, *quid? quale? quantumve* sit id, quod in *judicium* deductum est? v. g. in *Mutuo*, *commodato*, *deposito*, &c. Incertum, quando id non apparet: ut, si quis petat *hæreditatis petitione rem universalem*, scil. *hæreditatem*; si actione *tutelæ*, *negotiorum gestorum*, *pro socio*: rem generalem: scil. reddidi in *genere* rationes *tutelæ gestorum*, *negotiorum*, *societatis* &c. Item, incertum peti dicitur, si *alternative* quid petatur. Sed, si tales actiones intententur, quale est *officium Judicis*, & in quo consistit illud. R. ex *textu*. quòd curare debeat, ut omnino, quantum possibile est, certæ *pecuniæ*, vel *rei* sententiam ferat; etiamsi de incerta re apud eum actum sit. Adeoque *regula* quasi ponitur, quod sententia debeat esse certa, *Schneid. num.* 22. Ratio, quia sententia debet imponere *finem* liti, & controversiæ: sed si sententia sit *incerta*, *ambigua* & *obscura*, finem liti non imponit; sed litem serit ex lite, contra *l.* 3. *Cod. de fruct. & lit. expens.* ergo. *Manz. n.* 2. qui ex his *infert*, quòd talis sententia non valeat; *omnem debiti quantitatem cum usuris solve.*

Diximus autem I. etiamsi de incerta quantitate actum sit, v. g. si quis agat ad interesse, licet hæc quantitas incerta sit, Judex tamen, illam taxando, certam debet ferre sententiam, *Schmb. hic.* Diximus II. quantum possibile est: nulla enim regula est, quæ suam non patiatur exceptionem; subinde enim Judici possibile non est certam ferre sententiam. Scilicet in noxalibus actionibus incerta sententia, ut vel damnum resarciat, vel servum noxæ det, admittitur. Quamvis ad resarcitionem damni condemnare possit; cum facultas noxæ dedendi à lege sit, *l.* 6. §. 1. *ff. de re judicata.* II. In actionibus universalibus, quibus petitur quis corpus totius hæreditatis cum *augmento*, & *decremento*, ut est hæreditas. Sicut itaque in his actionibus, v. g. *petitione hæreditatis*, *familiæ - hercercundæ* &c. petitio: ita & sententia incerta esse potest, ratione rerum universalium. quæ deinde in executione specificantur. *Manz. n.* 20. III. In actionibus generalibus, v. g. *tutelæ*, *pro socio negotiorum gestorum* &c. sufficit enim in his, cum ad diversas species competat, & varias negotiationes comprehendat, generaliter petere, sibi reddi rationem administratæ tutulæ, societas, negotiorum gestorum, &c. IV. In re, *alternative* debitæ, v. g. promisit quis, *equum*, vel *bovem*: condemnari talis potest, ut *alterutrum* horum præstet; est enim *electio* penes *debitorem*, *l.* 75. §. 8. *ff. de R. O.* Idem dic, si quid debeatur in *genere*, & necdum sit facta *declaratio* per *debitorem*, v. g. *equum* quis promisit; sic tales condemnari potest, ut *equum* præstet, qualem velit: non vero *Bucephalum* in *specie*, quia alias in plus condemnaretur, quam promisit. *Manz. n.* 34. V. Admittitur etiam in certa sententia, quod *accessoria*, v. g. peto *fundum* cum *fructibus*. Ubi, sicut *petitio* est *incerta*, ita etiam sententia poterit esse *incerta*; semper enim inspiciendum est, quod est ma-

magis principale, *l. 44. ff. de relig. & sumpt. fun.* modo ergo sententia quoad fundum certa sit, illa quæ in consequentiam veniunt, non curantur, *l. 1. ff. de auth. tut. Manz. num. 40. Schneid. n. 16.* ubi plures alias *limitationes* ponunt.

Dices: Regulam posuimus, quòd sententia debeat esse *certa*; licet de *incerta* quantitate actum sit. Item sententia debet esse *conformis* libello, *l. 18. ff. commun. divid.* quomodo ergo poterit sententia esse *certa*, si libellus est *incertus*? ℞. sententiam debere esse conformen quoad duo potissimum. I. Quoad rem *petitam*, ut videlicet Judex de alia re non pronunciet; quam de qua fuit actum, II. Quoad *causam*, ex qua res petita est, v. g. si quis rem, tanquam sibi donatam, petat, tunc Judex non debet adjudicare ex causa *emptionis*, vel *legati*, *Manz. n. 40.* Deinde, ista *regula*, quòd sententia debeat esse *conformis* libello, *universalis* non est, fallit enim in *variis* casibus. I. Si petita sit *minor* quantitas, ex processu autem appareat, *majorem* deberi, Judex rectè in majorem condemnat. II. Si ipse reus *confiteatur*, debere plus. III. Si Judex reum absolvit. *Schamb. hic.*

§. Si quis Agens 33.

In hoc §. *Imperator* monet actorem, ne in libello *plus petat*, quam *debetur*, traditque pœnam *plus petenti*. Ubi *observa*, IV. modis *plus* peti, *Re*, *tempore*, *Loco*, *Causa* I: Plus petit *Re*, qui scil. *majorem* quantitatem, quam quæ *obligatione* continetur, *actione* comprehendit; veluti, si quis pro 10. aureis, qui debentur, 20. petat. II. *Tempore* plus petit, qui, quod in *diem*, vel sub *conditione* debetu, petit *ante diem*, vel *existentem conditionem*. III. *Loco plus petitur*, quando quis, quod *certo* loco sibi dari stipulatus est *alio* loco petit *pure*, i. e. omissa mentione *loci*, stipulatione comprehensi; quo casu Judicis erit æstimare, quanti debitoris intersit, solvere in loco convento potius, quam alibi IV. *Causa*; qui quod in *genere*, vel *alternative* debetur, petit in *specie*; vel ex alternative debito rem *certam*. Ideo talis *plus* petere dicetur, quia, cum alias in debito generali, & alternativo, electio sit *debitoris*, non autem *creditoris*, hanc illi eripit, suamque hoc modo conditionem *meliorem* facit: *debitoris* vero, sive *adversarii* sui *deteriorem*, quod fieri non debet.

Pœnam in *plus* petentes aliam sanxere Jura *vetera*, aliam *moderna*. Olim plus petentes *causa* cadebant, quæ pœna posterioribus *Imperatoribus* rigida nimis visa est, adeoque Imperator *Zeno* constituit, ut is, qui plus *tempore* petit, *inducias* temporis illius, quod conatus antevertere, *duplicare* cogatur: veluti, si *uno mense* petierit citius. quam petere debuit, exspectare cogitur *duos menses*, & insuper impensas litis reo refundere. Qui vero, *re*, *causa loco* plus petit, ex *constitutione* Justiniani condemnatur in omne *damnum*, quod sua *petitione* reo intulit; & ista pœna usu comprobatur. *Manz. num. 58.*

§. Sin Minus 34.

Q. hic, *quid? si quis minus, quam ad eum pertinet, libello complexus fuerit?* ℞. *Imperator*, quod talis sine periculo agat: i. e. nihil *incommodi* 241

sen-

sentiat; cum nec *causa* cadat, nec *partem* debiti amittat, quam petitione sua complexus non est. Igitur, si, cum ei 10. aurei deberentur, 5. sibi dari oportere, intenderit; aut si, cum *totus* fundus ejus esset, *partem dimidiam* suam esse petierit; non impeditur, reliquum in eodem, vel alio Judicio prosequi; neque enim obstare rei judicatæ exceptio illi agenti poterit, cum de alia re agatur. *Perez Inst. hic.*

§. SI QUID ALIUD 35.

242 Pro *hujus* §. intellectu *observa*, quid sit *emendare*, quid *mutare* libellum? Emendare libellum nihil est aliud, quam aliquid *adjicere*, in eo confusa *dilucidare*, obscura *distinguere*, manente semper *actionis*, & libelli *substantia*. Mutare libellum est, *omissa* priori actione, *aliam* instituere vel manente *priori* actione, *aliam* rem petere. Ut ecce, peto à te *catenam* auream ex causa *depositi*; postea, *omissa* ista actione, instituo actionem *commodati*. Vel, si ego ex causa contractus *emptionis*, vel *venditionis* servum *Stichum* à te petam; postea autem afferam, non *Stichum*, sed *Pamphilum* mihi deberi. In istis duobus casibus dicitur intervenire libelli mutatio. *Schneid.*
243 *num. 6.*

Q. An, quando, & quousque libelli *emendatio*, *aut mutatio concessa sit?* ℞. I. Ante *litem contestatam*, non tantum libelli *emendationem* permissam esse; estque ratio, quia ante *captum* Judicium parti licet à Judicii limitibus *recedere*; ergo multo magis libellum mutare, vel emendare. *Zoes. ff. de edend. n.* 11. ℞. II. *Emendationem* libelli non tantum permissam esse *ante*, sed & *post* litem contestatam usque ad *sententiam*: patet hoc ex *l.* 46. *ff. de re jud. actorum verba emendare, tenore sententiæ perseverante, non est prohibitum*, *Manz. n.* 7. *concord. Walter de Jure consuet. Austr. l.* 1. *tit.* 8. *ibi: Welcher Kläger . . .* i. e. *Actori non substantiam libelli mutanti; verùm quæ in libello proponuntur saltem elucidare volenti, sive antè sive post litis contestationem, nihil obstat; is enim nihil novi proponit qui aliquid elucidat.* ℞. III. Mutationem libelli *post* litis contestationem non amplius concessam esse. Ita *Schneid. n.* 13. *hic. Fach. lib.* 11. *c.* 92. concordat consuetudo *Austriaca*, teste *Sutinger. obs.* 16. *ibi: Es geschiehet*, &c. i. e. *Raro evenit ut quis libellum mutet aut mutandi licentiam petat: Hoc autem in casu, mutationem non admittit judex, nisi quatenus alteri parti communicatio nondum fuit pere executionem facta: sic enim utrique parti licet per supplicem libellum judici mutationem proponere, novamque petitionem concipere, judiciumque circa eam petere: quod quidem indulgere judex solet, quando non obstat interesse publicum vel patriæ. Ast facta executione considerandum, an pars altera expensas tulerit, vel ipsa fuerit litem contestata? Si prius; tunc debet actor petenti reo expensas restituere.* In casu *posteriori* mutatio libelli, utpote post litem contestatam, non amplius admittitur. Vide etiam *Walter lib.* 1. *tit.* 8. *Dissentit* communis *D. D. Schola* ab hac nostra sententia; ast, de Jure *communi* disceptant, non quod *in praxi forensi* obtinet.

§. SUNT PRÆTEREA 36.

Sexta actionum *divisio* est, quòd 245
quædam *actiones* sint, quibus *solidum* per-

persequitur, & quædam, quibus *non solidum* persequimur. In solidum agimus fere in omnibus actionibus, *exceptis* aliquibus, de quibus *hic*, & *seq*. §. In hoc, & *seq*. §. agit *Imperator* de iis, qui habent *beneficium competentiæ*; sive qui non possunt conveniri in *plus* quam *commode* facere possint, i. e. *relinquid* illis debet, ne *egeant*. *Schamb. hic*.

§. Item, si de Dote. 37.

246 Inter illos autem, qui habent beneficium competentiæ, est I. *Maritus*. Nam si, soluto matrimonio, *mulier*: vel ejus *pater* dotem *repetat*, maritus non *semper* in *solidum* condemnatur; sed *eatenus*, *quatenus honeste* facere potest, &, quatenus *facultates* ejus patiuntur. Itaque si tantum in facultatibus habeat, ut, salvo honesto victu, dotem integram solvere possit, in solidum condemnatur; sin minus, in tantum, in quantum facere potest. Ratio autem, cur hoc privilegium marito concessum sit, redditur ista, quia *Reverentia maritalis*, item *honos Matrimonii* omnino exigit; habere *necessitatis* rationem. Et quamvis Imperator in *præsenti* §. loquantur tantum de *muliere*, dotem repetente, & de Judicio *dotis* tantum; sive de actione, quam in §. *fuerat*. 29. actionem *ex stipulatu*, *de dote repetenda*, vocavimus; illud ipsum tamen procedit in aliis quoque personis, *Manz. n*. 4. Dicta procedunt I. Nisi *uxor* æque in *necessitate* sit posita, ut *egeat*; tunc enim illa erit potior, *l. præses Cod. de servit.* & *acq*. II. Nisi Maritus facto suo omnia delapidaverit, *l*. 18. §. 1. *ff. solut. matrim.* neque enim *favorem* meretur, qui culpa sua *damnum* patitur. III. Eo *mortuo*, i. e. hoc *beneficium*, utpote *personale*, expirat, neque ad *hæredes* transit, *d. l*. 12. *ff. eod. Schamb. hic*. *Excipiuntur* tamen *Filii*, ex eodem matrimonii dati: his enim idem *privilegium* specialiter lex concedit, *l*. 18. *ff. solut. Matrim.* Dicitur *eodem matrimonio*, unde contra *novercam* non: dicitur etiam *Filii*, unde *nepotibus* non dabitur, quia in privilegiis, *filiorum* nomine non veniunt *nepotes*, *arg. l*. 18. *ff. de excusat. tut. Schneid. n*. 9. Illud etiam *notandum*, quòd sicut *marito*, ita contra *uxori* hoc privilegium competit, si, soluto Matrimonio, à matre conveniatur ex contractu, inter ipsam uxorem, & maritum, constante matrimonio, celebrato, *l*. 17. *ff. solut. matrim.* statutum enim in uno *correlativorum*, censetur quoque statutum in alio, *l. fin. Cod. de vid. toll. Schamb. hic*.

Ad ℣. Propter Retentionem.

Subinde contingere potest, ut maritus sufficientes quidem habeat facultates, & tamen non in totum condemnetur, si de dote restituenda conveniatur. Quod tum maxime contingit, quando Maritus impensas quasdam necessarias in res dotales fecit; tunc enim habet maritus Jus retentionis, h. e. potest manere in rei detentione tam diu, donec ei satisfiat, & impensæ necessariæ restituantur. Vel, si una cum *rebus* aliis in dotem accepisset etiam pecunias, potest deducere, & toto minus accipere, Ratio hujus *retentionis* est eadem, quæ *compensationis*; frustra enim fit per *plura*, quod potest fieri per *pauciora*, 247

arg.

arg. l. I. *ff. quod met. cauf. Manz. n.* 6. *Notanter* autem dicitur in *textu: Impensas necessarias.* Nam impensas *utiles* actione *mandati* repetit, puta, si *ex voluntate*, actione *negotiorum gestorum* repeti possunt. *Schneid. num.* 16. *Schamb. hic. Voluptariæ* autem, quatenus facies rerum patitur, sine illius corruptione tolli poterunt. *l.* 9. *ff.* de *impensis. Manz. n.* 22. & 23.

§. Sedet Si Quis 38.

248 In *hoc* §. recensentur iterum aliquæ *personæ*, quæ non possunt semper conveniri in solidum, gaudentes beneficio competentiæ, inter quas relucet alto vertice I. *Parens*, propter duplicem rationem, tum. quia reverentiam liberi parentibus debent, *l.* 6. *ff. de in Jus vocand.* tum, quia filius tenetur alere patrem egentem, *l.* 5. §. 15. *de agnos. liber.* Ideo, si filius peteret, patrem in solidum condemnari, hac exceptione repelleretur. *Schneid. hic n.* I. Et quia appellatione *parentis* non tantum pater, sed etiam *avus* & *proavus*, & omnes *majores* continentur, ideo *Matri*, *aviæ*, & *proaviæ* hoc beneficium datur, *l.* 151. *ff. de V. O.* II. *Patronus*, si conveniatur à liberto, gaudet etiam beneficio competentiæ, *l.* 17. *ff. de re jud.* III. Socii invicem habent etiam hoc privilegium *l.* 6. *ff. pro socio.* IV. Hoc privilegium donatori quoque competit, qui scil. promisit, se donaturum: vel donavit, sed nondum tradidit, & convenitur ad tradendum, ut non teneatur; nisi, in *quantum* facere potest: ne *liberalitas* sua ei sit *damnosa*, *Manz. n.* 8.

§. Compensationes 39.

Compensationes quoque *opposita* plerumque efficerent, ut minus actor non consequatur, quam ei debeatur. Nam, si actor vicissim reo aliquid debeat, condemnatio non fit in solidum, sed debitor utitur compensatione pro quantitate debiti actoris; *uti supra* §. 28. diximus.

§. Cum eo Finalis.

Pro *hoc* §. intelligendo, *notandum*, 249 *olim* durissimam *pœnam* statutam fuisse contra *debitorem*, non solventem æs *alienum*; ita, ut eum non tantum *vincire*, *verberare*, in *carcerem* conjicere; sed *corpus* in *partes dissecare*, & inter *creditores*, *solutionis* loco, *partiri* licuerit. Verum cum *inhumanum* hoc videretur, inductum est *beneficium cessionis bonorum*, ut liceret debitoribus *bonis credere*, i. e. omnia sua bona *demittere* & *concedere* creditoribus, sicque una vice se à petitione æris alieni liberare. De quo est integer *Tit.* in *ff. de cessione bonor.* & *Cod. qui bon. ced. poss.* Utilitas autem hujus cessionis est, quòd debitor importunitatem carceris, aliasque molestias, quas attenti creditores causare solent, subterfugiat, *l.* I. & 4. *Cod.* & *d. t. Harp. n.* 30.

Illud autem *observandum*, quòd licet cessio bonorum à memoratis molestiis liberet, non tamen liberet debitorem à debito, & obligatione, si bona cessa ad debiti solutionem non sufecerint. Sed si post cessionem ad pinguiorem fortunam pervenerit, potest de novo conveniri, *text. hic.* sub hoc tamen temperamento, ut in bonis, post cessionem quæsitis, gaudeat privilegio competentiæ, *text. hic.* & *l.* 6. *ff. de cess. bon. Manz. n.* 10. Quod est verum, si conveniatur à *prioribus*: non vero si à *novis creditoribus*, post ces-

conceſſit: ſecundum naturam enim eſt, ut, quem ſequuntur *Commoda*, eum ſequantur & *Incommoda*, *l.* 10. *ff. de R. J.* atqui commodum, & omnis utilitas ex contractu filii, vel ſervi ſequitur patrem, dominumque, ergo, &c. *Manz. num.* 4. *& ſeqq.*

AD ℣. ET QUIA.

2 Ne autem verboſa fiat *diſputatio*, legibus enim inimica verborum prolixitas, *l.* 39. §. *In refutatoriis. Cod. de appel.* cumque eadem *fere* Jura serventur in ſervis, quæ in filiisfam. dicit *hic* Imperator, quòd ſermonem ſuum in perſonam ſervi . dominique tantum dirigere velit, idem intelligens de filiis, & parentibus, quorum in poteſtate ſunt. Dixi *fere*, quia in quibusdam eſt *differentia*, de qua §. 7. *h. t.*

§. SI IGITUR. I.

3 *Prima* actio, quæ ex alieno contractu oritur, vocatur actio *quod juſſu*, quæ commodè *definiri* poteſt, quòd ſit *actio Prætoria*, *perſonalis*, *quæ datur ei*, *qui cum filiofam. vel ſervo contraxit*, *contra patrem dominumve*, *cujus Juſſu contractum eſt inſolidum*, *Harp. n.* 1. Hanc ſi bene *intelligas*, caſum hujus actionis facile de te poteris efformare, ut ſuperfluum mihi eſſe videatur, *huic & ſeq. actionibus* Caſum præfigere. Itaque.

Dixi I. *Prætoria*, quia de *Jure civili* ex contractu alterius nemo obligatur.

Dixi II. *perſonalis*, quia ex contractu datur in perſonam, ſive, quia naſcitur ex obligatione.

Dixi III. *qui cum filiofam. vel ſervo contraxit*. Ratio, quia is, qui ita ex juſſu domini cum ſervo contrahit, fidem domini ſequi videtur. *Manz. n.* 3. Ratio alia, quia parum obeſt, quin ipſe contraxiſſe videatur, qui juſſit *l.* 1. *ff. quod juſſu.* qui enim facit per alium, ipſe feciſſe intelligitur, *Schneid. n.* 1.

Dixi IV. *contra patrem*, *dominumve* 4
Ratio eſt eadem; quia parum abeſt, quin ipſe contraxiſſe videatur, qui juſſit.

Dixi V. *Cujus Juſſu contractum eſt.* Quia I. *requiritur*. ut hæc actio contra dominum, vel patrem detur, ut ipſi juſſerint, vel conſenſum Juſſui æquivalentem oſtenderint, Unde ſi ſervus, vel filiusfam., ſponte propria contraxit, hæc actio locum non ſortitur, *Harp. n.* 2. & in hoc differt hæc actio ab actione *de peculio*, & *de in rem verſo*, quæ non requirunt talem conſenſum, *Manz. num.* 34. II. requiritur; ut *Juſſu* contractum ſit, quod tunc fieri dicitur; ſi quis mandaverit ei, quem in *poteſtate* habet, in hunc enim proprie *Juſſus* cadit; non etiam in *extraneos*, his enim *mandaſſe* dicimur. Ratio, quia *jubere* poſſumus etiam *invitos*, *mandare* tantum *volentibus*, adeoque ſi extraneis mandatum fuerit, tunc actio *mandati* competit. *Manz. n.* 19. in *effectu* tamen idem eſt *Juſſus*, *Mandatum*, & utrumque præcedit *contractum*. Illa tamen *differentia* eſt, quòd omnis quidem, qui *jubet mandare* dicatur *jubere*; *jubemus* enim hos tantum, qui in noſtra *poteſtate* ſunt; *mandamus* vero *aliis Schamb. hic.* Dixi: ad hoc ut actio quod Juſſu competat, requiri, *ut pater*, *vel dominus juſſerint*; *vel conſenſum*; *Juſſui æquivalentem*, *oſtenderint*. Unde, *Sequitur I.* patrem, vel dominum ex contractu ſervi, vel filiifam. obligari; licet non juſſerit ab initio; ſed poſtea contractum ratihabuerit, *l.* 1. §. 5. *quod juſſu.* ratio, quia *Ratihabitio* retrotrahitur, & mandato, ſive Juſſui æquiparatur, *c. Ratihabitionem* 10. *d. R. J. in* 6. II. Idem dicendum, 5

Dices: Exercitor navis tenetur ex delicto nautarum, §. 3. *Inst. de oblig. quæ ex quasi delict.* ergo etiam ex contractu eorum. ℞. *con. ant. neg. conseq.* disparitas est, quia naturà ad contrahendum non sunt constituti, adeoque nulla est causa ex qua exercitor ex eorum contractu obligetur. Secus est, si naturæ delinquant, quia tum exercitor, in culpa esse, intelligitur, quatenus operà malorum hominum utitur. *Ebling. q. 6. ob. 2. Instit. hic.*

Dixi V. *vel Sub-Magistri*, *l.* 1. §. 5. *ff. de exercit. act.* quod procedit, sive exercitor sciverit, sive non, à Magistro alium substitutum esse. Ratio generalis est, quia exercitor omnia facta Magistri tenetur præstare, alioquin contrahentes deciperentur. Imò, licet exercitor substitutionem per expressum prohibuerit, tamen tenetur *d. l.* 1. §. 1. Ratio in *Utilitate Navigantium* posita est, quæ requirit, ut exercitor ex genera i præpositione teneatur, eò, quòd subita navigandi necessitas non patiatur, plenius deliberandi spatium, *lib.* 1. *in prin.* & §. *magistrum ff. de exercit. act. Zoes. ff. h. t. n.* 3. *Manz. n.* 15. 16. 17. & 18.

Dixi IV. *adversùs Exercitorem navis*; ubi tamen *notandum*, contrahentes cum Magistro electionem habere, utrùm *exercitorem*, an *Magistrum* convenire velint, *l.* 1. §. *Est autem* 17. *ff. d. t.* sicuti enim exercitur tenetur propter præpositionem actione *Prætoria*, ita Magister ex suo contractu directâ civili actione tenetur. *Harp. num.* 9. dummodò Magister sit liber homo, quia servus *civiliter* conveniri non potest, cùm standi personam in Judicio non habeat. *Manz. n.* 25. Quòd si contra *Magistrum* experiri nolit? *Exercitorem* actione rectè impetit. Ratio I. quia voluntate, & Jussu ipsius præponentis contractus censetur initus. Ratio II. Quia omne *Emolumentum ex contractu* Magistri ad *Exercitorem* spectat; secundùm naturam ergò esse videtur, ut ad eum quoque *Onera, actiones, & pericula* pertineant, *arg. l.* 10. *ff. de R. J*, Ratio III. Quia contrahentes ipsius *Exercitoris* potiùs, quàm *Magistri fidem* secuti sunt; in cujus *conditionem* inquirere plerumque *præsens necessitas* non patitur, *Glettle Instit. d. t. n.* 3. *Manz. num.* 9.

Ut autem *Exercitor* hac actione conveniri possit, *desideratur* I. Ex contractu aliquid *deberi*. Nam ex delicto Magistri hæc actio non nascitur, sed competit actio in factum ex quasi delicto, eò quòd *dominus culpâ* carere non videatur, *malorum* hominum *operâ* utendo, *l.* 1. §. 2. *ff. de exer. act. Glettle d. l. n.* 6. II. *Desideratur* contractum cum *Magistro vel sub Magistro* esse initum. Nam ex contractu nautarum Exercitor non tenetur, quia alio fine eos conduxit, quàm, ut *contraherent*, *d. l.* 1. §. 2. III. Ut Magister non excesserit fines mandatæ negotiationis; non enim ex omni causa hæc actio in exercitorem datur, sed, ejus tantùm rei nomine, cui Magister præpositus fuerit, *l.* 1. §. 7. *ff. d. t.* iniquum enim est, aliquem teneri *ultrà*, quàm voluit. Ex quo sequitur, si exercitor proposuit Magistrum navi ad hoc solummodò, ut vecturas exigeret, & nihilominus Magister navem elocasset. Vel contrà, ad *locandum* tantùm, & non ad *exigendum*, is tamen exegerit, quod non teneatur Exercitor, *l.* 1. §. 12. *ff. d. t.* præpositio enim dat legem contractibus. *Brun. ibid.* Idem est, si Magister tantùm *Frumenta* emendo præpositus sit, & is emerit *Vinum*. *Manz. n.* 29. *Harp. n.* 7.

Dices: Exercitori navis non detur actio contra eos, qui contraxerunt cum Magistro, *l.* 1. §. 18. *ff. de exerc. act.*

ergo neque contrahentibus cum Magistro contra Exercitorem. *Resp. conc. ant. neg. conf.* sufficit enim Exercitori, quòd cum Magistro vel actioni *locati, mandati*, vel *negotiorum gestorum* (prout nempe vel *gratuito*, vel cum *mandato* navis curam habet) experiri possit, *l.* 1. §. 18. *ff. d.* Sanè, si Exercitor aliter rem suam servare non possit, fortè, quia Magister non existit *solvendo*, vel, quia *aufugit*, tunc Exercitori per *restitutionem*, vel *aliter* subveniendum, sicuti in actione *insitoriâ* receptum est, *l.* 1. in *fin. l.* 2. *ff. de Instit. act. Cling. q. 6. ob.* 4. Illud adhuc observa, si plures sint Exercitores, hanc Actionem contra omnes dari in solidum. *l.* 1. §. *vet. ff. de exercit. act.* ne in plures adversarios distingatur is, qui cum uno duntaxat contraxit. *Zoes. loc. cit. n.* 5.

Dixi VII. *Ut in solidum praestet l.* 1. §. 29. *ff. eod.* qui ad summam Reip. navium exercitoria pertinet. *Schamb. n.* 9. *hic.*

AD INSTITUTORIA.

10 *Tertia* actio. quæ ex *alieno* contractu descendit, est actio *insitoria*, ab *insitore* sic dicta, quem vulgò *Factorem* vocant. Hæc actio in multis convenit cum actiona *exercitoria*, uti ex *sequentibus* patebit. *Describitur* actio *Insitoria*, quòd sit *actio Prætoria, personalis, quæ datur ei qui cum institore de rebus ad ipsius negotiationem pertinentibus, contraxit, adversus eum, qui institorem præposuit, in solidum.*

Priusquam *definitionem* aggrediar, juvat, pro faciliori *Intellectu* dixisse, quis sit *Institutor*, & quomodo actio institutoria cum actione exercitoria *conveniat*, & ab eadem *differat*. *Institutor* exinde sic appellatus, quòd *negotio* gerendo, *institutor l.* 3. *ff. de instit. act.* ille dicitur, qui *Tabernæ*, aut alicui aliter *Negotiationi terrestri* præpositus est, Quem (uti dictum) vulgò *Factorem* appellamus, *præponentem* verò *Principalem. Schamb. hic.*

Convenit actio *institutoria* cum actione *exercitoria*. I. Quòd nihil *refert*, an quis tabernæ suæ *masculum*, vel *fæminam*, *liberum*, vel *servum*, *adultum*, vel *puerum* proposuerit, præponens enim ex omnium contractu obligatur, *l.* 7. §. 1. & 2. *de inst. act.* sibi enim imputare debet præponens, quòd fortè minus idoneum præposuerit. Ratio alia, quia non *institutoris*, sed *præponentis fidem* sequitur is, qui cum Institutore contrahit, *Manz. n.* 10. II. Sicuti in actione exercitoria non duntaxat dominus: sed etiam alius, ejus nomine, qui Jus præponendi habet præponit, ita etiam in actione institutoria idem receptum. Unde *tutor, curator, procurator* Institutorem rectè præponunt, *l.* 5. §. *fin. ff. eod.* quia hi omnes, dominorum locò, habentur. *Zoes. num.* 1. *ff. de Inst. act.* III. Sicuti exercitor non tenetur, quatenus Magister fines negotiationis excessit, ita nec institutor, *l.* 11. §. *Conditio* 5. *ff. eod.* quia *conditio* præponentis servanda est, illa enim dat legem contrahentibus, *Wesenb.* in *paratit. h. t. n.* 3. Unde, si ad *emendum* institutor constitutus sit, & ille vendiderit, principalis non tenetur, fines enim præpositionis diligenter sunt custodiendi. *Manz. n.* 20. IV. Sicuti, si plures exercitores sint, quilibet in solidum potest conveniri, ita etiam si plures sint Institutores, *l.* 13. §. 2. *ff. de act. Instit.* Ratio, ne adversarius distrahatur in plures actiones. *Perez. Inst. hic.* V. Sicuti actio exercitoria datur hæredi, & contra hæredes perpetuò, ita & hæc, *l.* 15. *ff. d. t.* Ratio quia utraque est rei persecutoria. IV. Sicuti contrahentes cum Magistro habent actionem civilem contra Ipsum Magistrum; ita etiam contrahentes cum institutore

con-

contra ipſum actionem civilem habent. *Manz. n.* 19. VII. Sicuti exercitori non datur actio contra contrahentes; niſi in caſu, ſi rem ſuam aliter ſervare non poſſit, ita etiam Inſtitutori, &c. *l.* 1. & 5. *ff. de præd. ſtipulat. Weſenb. loc. cit. n.* 7.

12 *Differt* Actio Inſtitutoria ab actione exercitoria. I. Quòd hæc nomen habeat ab eo, qui præponit. Illa ab eo, qui præponitur. Rationem aſſignat *Schamb. hic.* quia in hac elegantiùs à præponente; in illa à præpoſito nomen fieri poterat. *Inconveniens* enim, & *inculta latinitas* foret, ſi diceres; *magiſteriana* actio. II. Actio exercitoria locum habet in Negotiatione maritima; ſive *navali*: inſiſtoria verò *terreſtri Schneid. n.* 1. III. In exercitoria Magiſter navis ſibi alium *ſubſtituere* poteſt; inſtitor *non* etiam. Ratio *differentiæ prima* aſſignatur hæc, navigandi ſcil. neceſſitas, quæ major eſt cum *Magiſtro*, quàm *Inſtitore*. Nam interdum *locus*, & *tempus* non patitur plenius deliberandi conſilium, *l.* 1. *ff. de exercit. act. Secunda* eſt navigandi utilitas. Omnia enim facta magiſtri debet præſtare, qui eum præpoſuit; alioquin contrahentes deciperentur, quòd faciliùs in Magiſtro evitandum, quàm Inſtitore, major enim utilitas Reipubl. producitur ex negotiatione maritima, quàm terreſtri, *Schamb. hic. Manz. de exercit. act. ampl.* 3.

His, in *anteceſſum* præmiſſis, *ſequitur* definitionis *declaratio*, itaque Dixi I. *Prætoria* II. *Perſonalis*. Rationes jam *ſuprà* datæ. Dixi III. *Datur ei, qui cum Inſtitore contraxit*. Unde illi non datur, qui cum ejus ſubſtituto contractum iniit. Ratio, quia Inſtitor alium ſubſtituere non poteſt, *l.* 1. §. 5. *ff. de exercit. act.* Niſi in caſu, quo inſtitor peregrè profectus eſt, tunc enim *Quaſi inſtitorem* ex operariis ſuis relinquit *l.* 5. §. 10. *ff. de inſtit. act. Schamb.* v. *Quod autem hic.* Dixi IV. *De rebus ad ipſius negotiationem pertinentibus*: quia non omne, quod Inſtitor repetit, obligat eum, qui propoſuit. Sed ita, ſi ejus rei gratia, cui præpoſitus fuerit contractum eſt, *l.* 5. §. 11. *d. t.* Dixi V. *Adverſus eum, qui Inſtitorem præpoſuit*. Ratio eſt eadem, quæ *ſuprà*, quia ſecundum naturam eſt ut *incommoda* ſequantur eum, quem ſequuntur *Commoda*, *l.* 10. *ff. de R. J.* & contrahentes, magis fidem præponendis, quàm Inſtitoris ſecuti eſſe, intelliguntur.

Illud tamen *requiritur*, ut Inſtitor taliter præpoſitus ſit, ut quæſtum exerceat. Unde; ſi quis cum *Villico* contraxit; dominus principalis non obligatur, quia Villicus, non ad exercendum quæſtum; ſed, fructus percipiendos præponitur. *Manz. num* 24. Expreſſum *mandatum* non ſemper deſideratur, quia ſufficit *ratihabitio*, aut *ſcientia & patientia*, quia ratihabitio mandato æquiparatur, *c. Ratihabitionem. de R. J. in* 6. & *ſcientia*, atque *patientia* pro *Voluntate* habetur, *arg. l.* 7. §. 1. *ff. de ſponſal. Manz. n.* 8. Imò, *Weſenb.* in *parat. h. t. n.* 5. ſtatuit, ſi talis ſit, qui negotiationes gerere jam ſolitus fuit, quòd dominus ex ejus contractu obligetur. Ex quibus facilè decidere poſſis *caſum*, qui non ita pridem in aliquo Judicio acriter ventilabatur. Habuit aliquis comes in ſua dynaſtia Præfectum, vulgò *einen Pfleger*. Hic vendidit 200. *urnas Vini*, non habitò ad hoc *ſpeciali mandatò* à ſuo *Principali*. Solebat autem jam antè *Frumenta*, & *Vina* vendere; nec unquam *principalis* ea propter *conqueſtus* eſt. Imò tales *venditiones* ſemper *ratihabuit*. Iſtam autem, quæ dictas 200. urnas vini continebat, ratihabere non voluit. Q. *Quam*, & *an*

citoriæ, & *inſtitoria*, quæ locum habent in merce *dominica*. Dicitur merx *peculiaris* illa res, in qua dominus permittit ſervo ſuo, proprio nomine, negotiari; ſive illa, quæ eſt in peculio ſervi, & cujus queſtus ad ipſum ſervum omnis redit. Merx vero dominica dicitur illa res, in qua, nomine alienò, h. e. *Vicedomini* negotiatur; ſive, quæ non eſt in peculio ſervi, & cujus quæſtus omnis ad dominum pertinet. *Differt* ergò merx *dominica* à merce *peculiari*, quod merx dominica non ſit in *peculio* ſervi, & *quæſtus* omnis ſtatim ad dominum *pertineat*, *redeatque*; merx vero peculiaris eſt in peculio ſervi, & quæſtus, ſive lucrum pertinet quidem ad dominum, ſed non ſtatim ad illum redit; ſed tum demum, ſi dominus id exigat. Item in illà negotiatur nomine *alieno*, v. g. *Patris* vel *Domini*; in hac nomine propriò, *Manz. n.* 33. *Harp. n.* 3.

II. *Differt* actio *tributoria* ab actione *exercitoria* & *inſtitoria* in eo, quòd ex his non tantùm obligetur *pater*, vel *Dominus*, qui *filium*, vel ſervum propoſuit. Sed & is, qui liberum hominem. Tributoriâ verò tenetur is, qui ſcivit, ſervum, vel filium negotiari.

III. *Ex inſtitoria*, & *exercitoria* tenetur in *ſolidum* is, qui *præpoſuit*. *Tributoriâ* convenitur pro *rata pater*, vel *Dominus*, Perez. *Inſt. hic Hunn. ad Treutl. vol.* 1. *diſp.* 24. *th.* 8.

Dixi V. *In quibus, ſciente, & patiente Domino negotiati ſunt.* Ad hoc enim, ut iſta actio tributoria competat, *ſubſtantialiter* deſideratur *ſcientia* & *permiſſio* Domini; ſive *Non contradictio*, *l.* 1. §. *Scientiam* 3. *ff. de tribut. act.* ubi dicitur, *non enim velle debet Dominus*, *ſed non nolle*. *Manz. num.* 22. Itaque ſi, ignorante Domino, vel patre, ſervus, vel filiusfam. contraxerit, non huic tributoriæ, ſed de peculio actioni locus erit. Inter quas actiones grandis eſt differentia. Etenim Pater, vel Dominus, ex contractu Filii, aut ſervi actione de peculio conventus, privilegium habet, ut præ cæteris creditoribus deducere poſſit quod ſibi à filio, ſervoque debetur, quamvis naturaliter tantum patri, vel Domino debeatur, §. *Cum autem* 5. *h. t. l.* 9. §. 2. *ff. de peculio*. Aſt, actione tributoria pater, dominuſque conventus, hoc deductionis privilegio non gaudet; ſed veluti extraneus creditor, cum reliquis creditoribus in partitionem mercium peculiarium pro rata ſui debiti vocatur, §. 6. *h. t.*

Dixi VI. *Æqualiter*, *& pro rata pater*, *Dominusve cum aliis creditoribus dividat.* Ex quibus verbis apparet, ad quid detur iſta actio; nimirum ad hoc, ut æqualis fiat diſtributio inter patrem, & alios creditores in mercibus peculiaribus. Dico *in mercibus peculiaribus*; quia non totius peculii ratio habetur, ſicuti in actione de peculio; ſed id ſolummodo in tributum, & diviſionem venit, quod in mercibus eſt, quibus negotiatur, *l.* 11. *ff. de tribut. act.* Unde, ſi filius 1000. habuiſſet in peculio, & eum dimidia, vel tertia tantam parte negotiatus eſſet; reliquum autem fænori, aut emendis prædiis expoſuiſſet, hoc in tributoriam non venire, ſed illud duntaxat, cum quo negotiatus eſt, *Schneid. n.* 5. Item, ſi filius plures merces ſeparatas, & plures negotiationes, v. g. *pannorum*, *frumenti*. *Vini &c.* habuerit, non confunduntur creditores; ſed ſeparatim ſinguli in tributum vocantur ejus meritis, in quam crediderunt, *l.* 5. §. *Si plures* 15. *ff. eod.* Et, ſi forte circa eandem mercem plures creditores concurrant,

neuter

habendum non eſſet Neque actione de *peculio*; ſuppono enim, quod pater filio peculium non conceſſerit. Debet proinde ſibi actione *de in rem verſo* providere. Ratio hujus actionis eſt, ne dominus alieno damno locu-
17 pletior fiat. *Zoeſ. ff. h. t. n.* 1. Hæc autem actio, licet à *variis varie*: meo tamen Judicio belle *definitur*, quòd ſit *actio Prætoria*, *perſonalis*. *quæ datur iis*, *qui cum Filioſam. aut Servo contraxerunt adverſus Patrem*, *vel Dominum*: *Vel*, *qui contraxerunt inſcio etiam patre*, *aut domino*, *cum filioſam. aut Servo contra Patrem*, *vel Dominum*, *ut id præſtet*, *quod in rem*, *i. e. utilitatem patris*, *vel domini verſum eſt. Schamb. hic.* Quare dicatur *Prætoria*, & *perſonalis.* Rationes *ſupra* datæ ſunt. Itaque

Dico I. *quæ datur iis*, *qui contraxerunt*, nec non ejus hæredibus, *l.* 3. *ff. h. t.* Ratio jam aſſignata eſt, ne ſcil pater, vel dominus cum alterius jactura locupletetur. Illud hic *notandum*, quòd actio de in rem verſo (*regulariter*) toties detur, quoties procurator habet actionem. Ratio, quia utraque eadem æquitatis ratione nititur. Unde fac, quòd filiusfam. ſumpſerit pecuniam *mutuam*, ut ſibi *veſtem*, ſuo *ſtatui*, & *conditioni* conformem, & *neceſſariam* compareret. Hoc in caſu creditori actionem vel *negotiorum geſtorum*, vel *de in rem verſo* accommodare poteris, quia ad utramque ſufficit, rem patris utiliter geſtam eſſe, *Manz. num.* 20.

Dico II. *Inſcio etiam patre*, *aut domino*; ſecus enim, ſi pater *ſciret*, neque *contradiceret*, actio *quò Juſſu* ſortiretur locum.

Dico III. *Ud id præſtet*, *quod in rem verſum eſt.* In rem verſum autem intelligitur. quidquid neceſſario: & utiliter iu rem patris, vel domini filius, vel ſervus impendit: veluti, ſi *mutuans* pecuniam *creditoribus* domini ſolverit, aut *ædificia ruentia fulſerit*; aut *frumentum emerit*, & id ipſum in *familiam* domini *conſumpſerit*; aut quid aliud *fecerit*, quod ipſe dominus *facturus* fuiſſet. *Perez. inſt. hic.* Dixi *neceſſario*, *vel utiliter.* Nam, ea, quæ magis ad *voluptatem* pertinent, quam ad *utilitatem*; non poſſunt à patre repeti, tanquam in rem verſa, *l.* 3. §. 4. *ff. de in rem verſo.* Ratio, quia non debet onerari ex eo dominus, quod ipſe facturus non eſſet. Illud non *refert*, num conſilio reſponderit eventus, nec ne? Unde, ſi filius, ad alendam familiam, frumentum comparaverit, licet poſtea perierit, vel corruptum ſit, nihilominus tamen actio de in rem verſo locum habebit, *l.* 1. §. 1. *ff. eod.* Ratio, quoniam fatalis eventus ab obligatione negotii, ſua cauſa geſti, non excuſat, *arg*, *l.* 10. *ff. de neg. geſt. Schneid. n.* 3.

Non obſtat *l.* 10. §. 6. *ff. de in rem verſo.* ubi ſcribitur, hanc actionem non dari, niſi verſum duret. Nam, ℞. legem loqui de eo caſu, quo pater id, quod à filio ad patrem profectum eſt, retro filio ſolvit. Hoc enim in caſu ceſſat actio adverſus patrem, & creditori contra filium agendum eſt. *Harp. n.* 13. *Schneid. loc. cit. Manz. num.* 26.

Q. Quid? ſi verſus, *vel filiusfam. pecuniam acceperit*, *& ſimulaverit*, *ſe illam in rem domini*, *vel patris verſurum*, *non tamen verterit*, *& creditorem deceperit*, *dabiturne hæc actio?* ℞. *negat. per exp. tex. l.* 3. §. 9. *ff. eod.* Ratio: ne credulitas creditoris domino, vel patri obeſſet; aut calliditas ſervi, filiive noceret. Curioſe proinde

inde inquirat *creditor*, necesse est, qui *mutuam* dat pecuniam *filio*. aut *servo*; quomodo ea pecunia utatur; nam, si nimis credulus fuerit, nec pecunia in rem patris versa; facile hujus actionis adminiculo privabitur. *Harp. n.* 20. Poterit tamen actionem de peculio in casu, quo nihil versum est, intentare. Quòd si autem filius peculium non habeat? creditor nihil à patre consequetur. Nec hoc videtur iniquum; cum sibi imputare debeat, qui non explorarit diligentius, an servus, vel filiusfam. peculium haberet; & quantum in eo esset: Item, an in rem domini, vel patris converterit, nec ne? Nam, qui cum alio contrahit, vel est, vel esse debet, nam ignarus conditionis ejus, *l.* 19. *ff. de R. J. Perez. Inst. hic.*

Illud adhuc *notandum*, quòd actio de in rem verso contra patrem, vel dominum, eatenus duntaxat, quatenus in rem versum est. Proinde; si pars sit versa, pro patre erit hæc actio, *l.* 10. §. *in rem ff. eod.* Ratio, quia ideo hæc actio datur, ne pater cum alterius Jactura locupletetur; pro ea vero parte, quæ non est in rem ejus versa, non est factus locupletior, ergo. *Zoes. in rem verso. n.* 2. habebit tamen respectu ejus partis, quæ versa non est, actionem de peculio, *text, hic.*

Dices, tamen in *textu* dicitur: *in solidum dari.* ℞. Id verum esse, quatenus est in rem versum, *Manz. num.* 35. Vides modo in quo hæc actio *differat* ab actionibus, in *solidum* competentibus, puta, actione *quod Jussu*, *exercitoria*, & *institoria*.

AD ℣. CUM AUTEM QUÆRITUR.

Q. Hic, *quomodo peculium æstimandum sit*? In peculio demum numerandum esse, quod superest, deductis iis, quæ Domino, aut Patri, aut iis, quos in potestate habet, debentur. Isti enim habent in actione de peculio privilegium deductionis, prout jam aliquoties dictum.

§. CÆTERUM V.

18 Insignis est iste locus de *comparatione*, & *Electione* harum VI. *actionum*. Inquit enim *Imperator*: ei, cui hæ IV. actiones. *quòd Jussu*, *exercitoria*, *Institoria*, & *tributoria*, competunt, etiam reliquas duas, *de peculio*, & *de in rem verso* competere, ita, ut ei detur *Electio*; velitne v. g. intentare actionem *quod jussit*: an *de peculio*? Proinde *cautus* quis esse debet, ne *eligat* sibi actionem, minus *idoneam*, & minus *utilem*; quia una electa, non datur regressus ad aliam, *l.* 9. §. *de tribut. act.* & *l.* 43. §. 1. *ff. de R.* J. Unde, si cui competat actio *quod Jussu*, *exercitoria*, vel *institoria*, stultissimus erit, si moveat actionem *de peculio*, vel *de in rem verso*. Ratio est *duplex*, tum, quia in *tribus* prioribus *solidum* aliquis consequitur; in *duabus* posterioribus non *plus*, quam revera in *peculio* est, vel in *rem* domini versum, Tum, quia in *posterioribus* actor *probare* cogitur id, quod *acceptum* est, in *rem* domini, *versum* esse; vel tantum fuisse in peculio. *Manz. n.* 3.

AD ℣. IS QUOQUE.

19 Quid si vero concurrat *actio tributoria cum actione de peculio* & *de in rem verso*. Satius interdum esse, & consultius, tributoria experiri; interdum vero de peculio, aut de in rem verso. Tributoria ideo utilius est agere,

agere, quàm de peculio, quia in hac actione de peculio dominus habet Privilegium deductionis; in tributoria autem non habet; ſed tenetur merces peculiares æqualiter inter ſe & alios creditores dividere. De peculio autem utilius eſt agere, quia in tributoria non *totum* peculium verſatur; ſed *pars* tantum, puta, ea, quæ in mercibus conſiſtit. Aſt, in actione de peculio *totum*, quidquid eſt in *peculio*, verſatur; ſive in *Mercibus*, ſive in *Prædiis*, ſive in *Domo*, ſive in *Vinea* conſiſtat. Semper autem (prout ipſe *Imperator* fatetur) *optimum* eſt, de in *rem verſo* agere, ſi quis poſſit probare id, quod credidit, in rem domini verſum eſſe. Ratio, quia, quod in rem verſum eſt, id totum actor conſequitur, ne quis aliena jactura locupletetur. *Harp. n.* 5. & 6.

§. Quæ Diximus 6.

Quæ in *Textu præcedentium* §. §. dicta ſunt de *ſervo*, eadem intelligenda ſunt de *filio*, vel *filia*: *nepote*, vel *nepte*, in *poteſtate patria* exiſtentibus. Illa tamen inter *ſervum*, & *filium* remanet *differentia*, quòd ſervus tantum *naturaliter* teneatur ex ſuo *contractu*, non etiam *civiliter*, cum hoc Jure perſonam non habeat. Filius vero & *naturaliter* & *civiliter* obligetur. Qua ratione, qui cum filiofam. contraxit, duos habebit obligatos, filium in *ſolidum*, patrem *peculiotenus*. Quod tamen fallit in cauſa *Mutui*, ob beneficium *S. C. Macedoniani*.

§. Illud 7.

20 Dictum eſt filiumfam. obligari ex quolibet contractu *naturaliter*, & *civiliter*; patitur autem hoc *Exceptionem* in *pecunià mutuo* ſumpta, qualem ſi acceperit, nec ipſe, nec pater ejus tenetur, ſed exceptione *S. C. Macedoniani* ſed indemnem præſtat. *Nomen* traxit hoc à *Macedone*, improbo *Fœneratore*, qui *filiis fam.* incertis nominibus mutuas pecunias dare conſueverat. Hinc frequenter accidebat, ut filii, ære alieno preſſi, & à creditoribus ad ſolvendum compulſi, vitæ parentum inſidiarentur, eorumque mortem præmatura ſpe conciperent. Hominis proinde illius *Improbitas* ſaluberrimæ *Legi* occaſionem ſubminiſtravit, ac *Senatui* perſuaſit, ut, confecto *Senatus Conſulto*, Impoſturas *fœneratorum* compeſceret, diſtinctæ *Juventuti* fomentum ſubtraheret, ac *Vota improba*, in herba velut, ſuffocaret.

Q. *Quid ſit incertis nominibus mutuum dare?* ℞. aliud non eſſe, quam cauſam debendi in *chirographo* non exprimere, vel cautionem in mortem patris concipere, i. e. convenire filiusfam. poſt mortem patris ſolvere, obligatus eſſet, vel denique chirographo non inferere; quntum fœnori datum eſſet. *Zoeſ. ff. S. C. Maced. n.* 1.

§. Illud Fin.

Non iſtis tantum, de quibus egimus, conveniri patet, vel dominus poteſt actionibus, ſed etiam directè *directis*. ex ipſo contractu deſcendentibus, ſi ipſorum Juſſu contractum ſit, *v. g. directa* actione *quod Juſſu ex vendito*, &c.

Nec obſtat, quòd nemo ex contractu alterius obligetur, in his enim Actionibus propter *Juſſum* & *Mandatum* patris, vel domini quaſi ſpeciali eſt; eo quod perinde ſit, utrum quis per ſe ipſum faciat, ac ſi ipſe faceret.

TITULUS VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Actio noxalis explicatur.*
2. *Noxa, & Noxia quando differant?*
3. *Noxæ deditio quid operetur?*
4. *Si Servus damnum resarciat, quid Juris?*
5. *Contra quem detur actio noxalis?*
6. *An detur Domino contra suum Servum?*
7. *An filiusfam noxæ dedi possit?*

Vidimus, quæ *actiones* ex *contractu servorum*, vel *filiorumfam.* adversus *Dominum* vel *patrem* competant? sequitur de iis, quæ ex eorum *delictis* descenduut.

Ad Principium.

Pro faciliori hujus materiæ *Intellectu* fac talem casum, Servus Sempronii intulit mihi *Furtum*, aut *bona* mihi *vi* rapuit. aut *damnum* aliquod intulit, aut deinde me *injuria* affecit. Q. *Quomodo mihi sit consu'tum?* Equidem certum est, ex istis IV. *delictis* consurgere IV. *actiones*, puta, *furti vi bonorum raptorum*, *legis aquiliæ* & *Injuriarum*, de quibus *supra*; verum omnes istæ actiones contra servum inaniter moverentur, eò quod standi personam in Judiciis non habeat, *l.* 55. *ff. de Jud.* nec aliquid possideat proprii, unde damnum resarciret, *l.* 12.
1 §. *omnibus ff. de accusat.* Ideo contra *Dominum* mihi agendum est, non quidem actione *directa*, quia hæc ipsos delicti duntaxat Authores tenet; sed *obliqua* ad hoc, ut dominus id præstet, quod actione petitur, puta, *duplum*, si furtum sit *nec manifestum*, *quadruplum*, si sit *manifestum*, aut *servum noxæ dedat*, h. e. pro *noxa* relinquat, & actori cedat. Ubi nota, *Noxam* dici *corpus* illud, quod *deli-* 2
quit i. e. *Servus*. *Noxiam* vero esse ipsum *Maleficium* veluti *Damnum*, *Furtum*, &c. sæpe tamen hæc *Vocabula confunduntur*. *Harp. n.* 3. *hic*. Itaque Dominus ex *Delicto Servi* non in *solidum* tenetur, sed *Noxæ deditione* liberatur. Ratio, quoniam *iniquum* ef- 3
se videbatur, *Nequitiam* servi ultra ejus *Corpus* domino damnosam esse *num.* 16.

Hoc tamen, quod dictum *Procedit* I. Tunc, quando servus *deliquit*, domino *ignorante*, vel ipso quidem *sciente*; sed *prohibere* non valente, *l. pen. Cod. h. t.* Nam, si dominus scivit, & prohibere potuit, tunc non datur ipsi electio *Litis æstimationem* præstandi, aut servum *noxæ-dedendi*, sed tenetur præcise *integram* æstimationem *litis*, vel *damni* præstare, perinde, ac si ipse deliquisset, *l.* 2. 3. & 4. *ff. h. t.* quoniam *scientia* ejus, qui prohibere potest, pro *Voluntate* est. *Manz. n.* 17. *Harp. num.* 12. *Procedit* II. in *Delictis*; non *quasi delictis*. Unde, si servus, navi præpositus, opera improborum nautarum usus fuerit; dominus non nisi *peculiotenus*. conveniri potest, *l.* 41. *ff. de Furt.* quia servus non deliquit, ac proinde actioni locus non

non erit. *Procedit III.* in delictis *privatis*, non etiam *publicis l. pen. Cod. h. t.* nam ex delictis publicis non domini, servorum nomine, sed ipsi servi tenentur, *l.* 12. §. 3. & 4. *ff. de Accusat.* Ratio *differentiæ* est, quia privata delicta damnum pecuniarum persequuntur, quod servus resarcire non potest, utpote nihil habens proprii, vel saltem non tantum, quòd sufficeret. Publica autem delicta, ut plurimum pœnas *corporales* secum trahunt, quas servus proprio in corpore persolvere potest, præcipue, quia delicta suos tenere debent authores. *Wesenb. in parat. h. t. n.* 2. Ratio porro, cur dominus teneatur ex delicto privato ipsius servi, hæc est, tum, quia culpa non caret, qui opera malorum hominum utitur, §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex quasi delict.* tum quia, ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum præstare debet, *l.* 149. *ff. de R. J.*

Nec *refragatur*, quòd *melior* nostra *conditio* per servos fieri possit, *deterior* non etiam, *l.* 133. *ff. de R. J.* Nam, illa *Regula* procedit in *contractibus*; non etiam *delictis*, *Hunn. var. resolut. P* 6. *tract. Q.* 1.

§. Dominus 3.

4 *Q. In hoc §. quid Juris si servus de facto propter delictum commissum fuerit damnificato noxæ deditus*; quæsita *vero pecunia damnum suo novo domino resarcierit.* ℞. *Servum consequi libertatem favore libertatis.* &, quia novus dominus nondum Jure quæsitum plenum acquisivit dominum, manumittitur auxilio Prætoris, etiam invito novo domino, quia tunc, *neutri* fit *Injuria*; non *priori* domino, quia servum *abjecit*; non *posteriori*, quia domino resarcito, nihil est, quod amplius desideret. *Perez. Inst. hic.*

Q. *Unde servus resarciet, cum proprii nihil habeat?* ℞. licet servus nihil proprium habere possit, quia, omnia domino suo acquirit; potest tamen de *Victu* suo *parcere*, & *peculium* comparare, *Ventre* defraudato, vel etiam aliunde spe manumissionis mutuam pecuniam sumere potest, promittendo, cum manumissus fuerit, restituturum. *Schamb. hic.*

§. Sunt Autem 4.

Cum *noxalem* esse non sit, nisi qualitas adjectitia, ideo sequitur eam vel esse *civilem*, vel *Prætoriam*, pro diversitate actionis *principalis*. Hinc, si adjiciatur actioni *furtis nec manifesti*, ex *L. XII. Tab.* descendenti, vel *Legis Aquiliæ*, *civilis* erit. Sin vero actioni *vi bonorum raptorum*, vel *injuriarum* adjiciatur, erit *prætoria*.

§. Omnis 5.

Q. Hic *adversus quem detur actio noxalis?* dari adversus eum, qui servum in potestate retinet, quia tamdiu ejus dedendi facultatem habet. Unde etiam in successores hæ actiones dantur; Jure tamen *Dominii*, non *Successionis*. Proinde, si servus in alterius cœperit esse potestate, cum illo incipiet esse actio, quia *Noxia Caput* sequitur, i. e pœna irrogatur ei, qui est caput servi. Ideoque convenitur *dominis*, qui fuit tempore *Institutæ* actionis, non qui fuit tempore delicti commissi. Quòd si servus, qui *Noxiam* commisit, *manu missus* fuerit, tunc servus ipse directo tenebitur, quia *liber homo* esse incipit, qui in Judicio consistere potest. Ex contractu vero, in servitute inito, conveniri servus post manumissionem non potest; 5

quia, non tam ipsius, quàm nomine domini, initus videtur, cujus commodum solum spectabat. *Manz. n. 7.*

§. Si Servus 6.

6 Quid? *si servus domino suo noxiam commiserit.* ℞. Quòd actio tunc nulla nascatur, quia inter dominum, & servum nulla obligatio datur, & consequenter nec actio, quoniam dominus secum ipse litigare videretur. Quod procedit, etiamsi in alterius potestatem servus ille, vel manumissus fuerit, & neque cum eo, in cujus tunc potestate est, neque cum manumisso agere possit, eo quòd statim ex ipso facto nascatur obligatio; neque ex post facto vires sumat. Decantata enim *Regula* est, *quod ab initio non subsistit; postea casu quodam non convalescere.*

§. Sed Veteres 7. Et Ult.

7 Jure *veteri* Noxiæ deditio non solum servorum: sed etiam filiarum, filiorumque familias recepta fuit, nam *Vitæ* & *Necis* potestas penes *patrem* in liberos erat. Sed sensim duram illam potestatem, asperitatemque in liberos respuendam duxit nova, & mitior hominum conversatio, maxime in *filiabus*, causa *pudicitiæ*. Hæc enim vel maxime mulieres exornat. Itaque hodie filiifam. ex suis ipsi *delictis* conveniri possent. Qui si peculium *castrense* vel *quasi tale* habeant; *executio* in illo *peculio* fit. Quòd si peculium *proprium* non habeant, obtinet Regula, *qui non habet in ære, luat in corpore.*

Dices: *Quid, si filius habeat peculium profectitium, nunquid actio de peculio contra patrem dabitur?* ℞. regulariter quod non, *l. 13. ff. de R. J.* nisi filius litem contestetur, & condemnatus fuerit, tunc enim quasi contraxisse intelligitur, & per consequens *pater* ex quasi contractu actione de *peculio* impeti poterit. *Chling. h. t. q. 1. ob. 6.*

TITULUS IX.

SI QUADRUPES, PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

SUMMARIA.

1. *Explicatur, quomodo damnum differat à Pauperie.*
2. 3. 4. & 5. *Ut actio de pauperie locum habeat? quænam requirantur?*
6. *Bos; si occidat alterum Bovem, quid Juris?*
7. *Actio ædilitia quando detur?*
8. *Et ad quid?*

Connexio.

1 Actum de actione *noxali* ob *damnum* à *servis* ortum, competente. Sequitur, & Q congrue, *quid Juris sit? si animal, sive pecus damnum dederit, alterive nocuerit.* ℞. I. Quod animal *irrationale*, sive *brutum* non dicatur *damnum* facere, sed *pauperiem*, *text. hic.* Ratio, quia damnum datur per *Injuriam*; bruta autem, utpote *rationis* usu carentia, *Injuriam* non dicuntur committere, neque *damnum*. Proinde, si tibi *noceant pauperiem* tibi fecisse, dicuntur; quæ *definitur*, quod **fit damnum, sine injuria facientis datum.**

Di.

Dices: nihil *interest* an damnum detur ab *homine*, vel à *bruto*. ergo frustra *distinguitur* inter damnum, & pauperiem. R. *neg. ant.* si enim damnum datur ab homine *libero*, datur actio *legis Aquiliæ*. Si à *servo*, datur actio *noxalis*. Si ab *animali*, datur actio pariter *noxalis*; sed hoc addito, si *quadrupes*, *pauperiem fecisse*, dicatur. *Chling. q. 1. ob un.*

His positis, R. II, si brutum contra naturalem generis consuetudinem alteri nocuerit; datur damnum passo actio noxalis contra dominum ejus ad hoc, ut vel damni *æstimationem* præstet, vel *animal*, quod nocuit, noxæ dedat.

2 Ut autem ista actio locum habeat, *Requiritur I.* ut tale sit *animal*, quod *gregatim* pascitur, v. g. *bos*, *ovis*, *capra*, *equus*, *sus*, &c. *quadrupedis* enim nomine veniunt pecudes, quæ gregatim pascuntur, *l. 1. §. In bestiis. ff. h. t.* Ex quo id fertur, si animal, quod gregatim *non* pascitur, pauperiem fecerit, puta, *canis*, *leo*, *ursus* &c. hanc actionem non habere locum; quod tamen *intellige* de actione *directa*, quæ ex verbis legis competit. Enim vero *utilem* actionem de pauperie locum habere, si animal *bipes*, vel tale, quod gregatim non pascitur, nemo est, qui ambigat. *Schneid, n. 3. Chling. Q. 2. ob un. Manz. n. 6.*

3 II. *Requiritur*, ut animal, præter naturam generis sui; damnum; sive pauperiem dederit, ut si v. g. *equus* aliquem percusserit, *bos cornu* petierit, *text hic.* regulariter enim, boves cornu petere, vel equi calce percutere non solent.

Ex quo iterum infertur I. si animal secundum naturam sui generis nocuerit v. g. *Leo*, *Ursus* &c. directam hanc actionem locum non habere. Sic v. g. fac, quod Leo tuus, de carcere aufugiens, mihi nocuerit. Hoc in casu, contra de actione directam non habeo. Ratio, quia, quando brutum, natura ferox, sese in naturalem libertatem recipit, ejus dominium amittitur, §. 12. *Inst. de R. D.* adeoque contra neminem poterit actio moveri. Quòd si verò leo post datam pauperiem ad te, utpote dominum redierit, potero utilem actionem de pauperie contra te movere. *Manz. n. 8. 9. & 10.*

Infertur II. si bos, vel equus depaverit alterius gramina, vel sata, ut porcus glandes, cessare hanc actionem de pauperie, quoniam nihil contra sui generis naturam deliquit, quod in hoc Judicio necessario requiritur, *l. 14. §. ult. ff. præscript. verb. Harp. num. 8.* in hoc tamen casu datur mihi actio *de pastu pecoris* contra dominum animalis ad hoc, ut solvat damni dati *æstimationem tantam*, *quanti* glans (quo *nomine* omnes *fructus pastui* pecorum deservientes, accipimus) cum depasceretur, vendi potuisset: nec enim futuræ æstimationis habetur ratio propter dubium maturationis eventum, *Chling. q. 3. h. t. Zoes. ff. h. t. n. 7.* ubi futuræ æstimationis rationem, aut habendam esse, Secundum hodiernos mores ejusmodi animalia includuntur *in die Pfand Ställ*, donec damni æstimatio persolvatur.

III. *Requiritur*, ut animal sponte sua nocuerit, *l. 1. §. 6. ff. h. t.* Unde 4 *Infertur I.* Si animal non *sua sponte*; sed alieno *impulsu*, & *instigatu* ad *calcitrandum* commoveatur? non habere locum hanc actionem *de pauperie*; sed contra *Instigantem* dari actionem *legis Aquiliæ*, *d. l. 2. §. 6. & 7.* quia, causam damni dans, ipsum damnum dedisse, intelligitur. *Schamb. hic. Infertur II.*

Si

Si culpa hominis præcesserit pauperiem, etiam hanc actionem locum non habere. Sic si meum equum locassem alteri, & ille nimium eum onerasset, ita, ut equus efferatus impetum in aliquem faceret, vel aliter noceret, contra me non actio *noxalis* de *pauperie*; sed *legis Aquiliæ* locum haberet, *l.* 1. §. 4. *ff. h. t. Manz. n.* 11.

5 Q. *Quid Juris? si duo boves commisissent luctam, & unus alterum vel occidisset, vel alias læsisset.* ℞. Si provocans periit, nullam esse actionem, quia defensio est Juris naturalis, bestiis cum hominibus communis. Et, qui se contra aggressorem defendit, impune evadit. Si vero provocatus periit; dabitur actio de pauperie in dominum bovis provocantis, *l.* 1. §. 11. *ff. h. t.* ita *communiter DD.*

6 VV. Requiritur, ut animal non moriatur ante litem contestatam, *l.* 1. §. 13. *ff. h. t.* si enim animal, quod nocuit, ante litem contestatam decesserit, vel dominum ejus sine dolo malo amissum fuerit, *extinguitur* hæc actio de pauperie, *d. l.* 1. §. 13. Ratio, quia interitus rei, in specie debitæ, liberat debitorem, *l.* 107. *ff. de solut.* Quod si vero post litem contestatam decesserit, tunc dominus non liberatur, *d. l.* 1. §. *Plane.* Ratio, quia mora facit aliquem teneri de casu fortuito; atqui is, qui conventus non statim animal noxæ dedit, sed usque ad litis contestationem se actori opposuit, in mora fuit, ergo &c. Quòd si deinde post litem contestatam ab alio animal occisum sit; tunc dominus tenetur vel litis æstimationem offerre, vel actionem legis Aquiliæ contra occisorem cedere debebit, *d. l.* 1. §. 10.

Sed, Quid? *si ante litem contestatam animal occidatur, teneturne & tunc dominus damnum resarcire, vel actionem alteri cedere?* ℞. *negative*, eo quòd debitor speciei ejus interim liberetur. Quòd vero actionem cedere non debeat; cum tamen hoc domino non noceat, & damnificato prosit: Ratio est, quia is sibi imputare debet, cur citius non egerit? Jura enim vigilantibus scripta sunt. *S.hamb. hic.*

Q. Cum dixerimus in hac actione ad litis æstimationem agi, *quidnam ergo æstimetur*? Ad hoc ℞. in *l.* 3. *ff. h. t.* non *deformitatis* rationem haberi, cum *liberum* corpus non recipiat *æstimationem*, sed *impensarum*, in *curationem* factarum, & *operarum* amissarum; licet non desint, qui in fœminis deformitatis rationem habendam esse, autument. *Manz. n.* 38.

§. Cæterum Fin.

Hucusque de actione *civili*. Sequitur de *Prætoria ædilitia*. Nam ædiles (quorum *officium*, & *cura* inter alia fuit, ut *Viæ* non essent vel *impeditæ* vel *infestæ*. *l. un. ff. de via publ.*) proposuerunt tale Edictum: *Ne quis canem, verrem, ursum, leonem, aliudve, quod nocere posset, sive solutum, sive ligatum animal, eo loco haberet, quo vulgo Iter sit.* Ratio, quia publice interest, posse quemlibet sine *periculo*, & *metu per itinera commeare*; resque suas *agere*, *vehere*, aut *portare*. *l.* 41. *ff. de ædilit. edicto.* 7

Differt hæc actio *ædilitia* ab actione *noxali* de *pauper.* Quòd hæc ad omne damnum, quocunque loco commissum; illa non nisi in eo, ubi vulgo iter sit, concedatur. Hæc tantum est *rei persecutoria.* Illa etiam *pœnalis* est; uti audiemus. Hæc tantum datur, *tamdiu* quis dominus quadrupedis est. Illa datur, licet animal in naturalem liber-

libertatem se receperit. Hæc est *civilis*, illa *prætoria*. Hæc deinde *annalis*, illa perpetua. *Schamb. hic. in fine*,

AD ℣. ET SI ADVERSUS.

Datur hæc actio ædilitia ad hoc, ut dominus animalis 200. Solidos præstet, *l. 42. ff. de edilit. edict. Si occisus* sit liber homo; si vero libero homini duntaxat *nocitum* sit, nulla certa pœna statuta est, sed tanti Dominus condemnabitur, quanti bonum, & æquum Judici videbitur, *text. hic.* Quod si vero servo, aut alteri cuidam rei damnum illatum fuerit, *dupli* dominus condemnatur. *Manz. n.* 7. Hodie pœna ex *constit.* Carolina *art.* 136. in casu hujus actionis arbitraria est. *Manz. eod.*

AD ℣. PRÆTER.

Præter hanc actionem *ædilitiam* etiam actio de *pauperie* locum habet, non quidem *directa*, sed *utilis* ex ratione & volontate Legis; dummodo animal, quod nocuit, adhuc in dominio sit, ita, ut reddi possit, juxta *dicta* in §. *præced.*

TITULUS X.

DE IIS, PER QUOS AGERE POSSUMUS.

SUMMARIA.

1 *Per Procurationem num agere liceat?*
2 *Quis dicatur Procurator?*
3 *Quomodo constituatur.*

R*Atio Ordinis.* Quandoquidem hucusque de *Actionibus*, earum *Definitionibus*, *Divisionibus*, atque *Naturis* visum est. Sequitur justa serie, *per quos illas Actiones exercere possimus.*

AD PRINCIPIUM.

Q. *In hoc §. per quos agere: & nostras Actiones exercere possimus.* Quidquid sit de Jure *antiquo*, quo inspecto, alieno nomine, agere non licuit, exceptis IV. *Casibus* I. pro *Populo* II. pro *Libertate* III. pro *Tutela* IV. pro *Absentibus.* Illud nosse, parum *refert*, cum ab *Usu* recesserit.

AD ℣. SED QUIA.

1 Quoniam non minimam *Incommoditates ad Instituta*, *tatem* habebat quod, *alieno* nomine, neque *agere*, nec *excipere* Actionem licebat, cæperunt *Homines* per *Procuratorem* litigare. Nam, & *Morbus*, & *ætas*, & *necessaria Peregrinatio*, itemque *alia multa Causæ* sæpe hominibus *impedimento* sunt, quo minus *rem ipsi suam exequi* possint, *text. hic.* & in *l.* 5. *ff. de O. & Act.* Schneid. *n.* 3. Itaque de Jure *novo* cuique permittitur causam per procuratorem *agere*, vel *defendere* : modo tamen procurator sit persona habilis, quoniam in omni actu explicando *habilitas* agentis requiritur, *Manz. n.* 14. & causa sit *civilis*; in *criminalibus* enim (regulariter) Procurator non admittitur, §. 10. *Inst. de Injur.* Ratio autem, cur Accusator per *se* & non per *Procuratorem* persequi *Crimen* debeat, est, quia olim is debebat subscribere in crimen, i. e. obligare se ad pœnam *Talionis*, quâ absens affici non posset. Quæ *pæna*, licèt hodie cesset, est tamen adhuc pœna *extra-*

extraordinaria, & *infamiæ* propoſita in qua ratio adhuc locum habet. Ratio autem, cur pro *Reo*, crimino ſo *Procurator* intervenire nequeat, eſt; ne Judicia redantur eluſoria, ſi præſens non eſſet ipſe Reus condemnatus. Item, ut ex *circumſtantiis*, *Corporis Habitudine*, *Tremore*, &c. cognoſci *faciliùs* poſſit *Veritas*, *l.* 10. *§.* 5. *ff. de Q. Q.* enim verò, *difficile* eſt *Crimen* non procedere *Vultu*. *Schamb. hic.* & *Harp. n.* 33. & *ſeqq.*

§. PROCURATOR I.

Q. hic, *quis dicatur procurator?* & *quomodo conſtituatur?* ℞. quòd *Procurator* ſit, qui *aliena* Negotia *Mandatò* Domini adminiſtrat. Alius eſt *judicialis*, alius *extra-judicialis*; de quibus *in ff. de Procurat.* Conſtituitur autem procurator ſolò *mandato* domini, & nudò ejus *conſenſu*. Adeòque non opus eſt *ſolennibus* Verbis, quoniam procurator per mandatum conſtituitur quod ſolo conſenſu conſtat, neque verborum ſolennitatem requirit, nec etiam opus eſt adverſarii præſentiâ, quia nihil intereſt, ipſe per *ſe* dominus litigêt, an per *alium*. *Perez. Inſt. hic.* Porrò *quis procurator conſtitui*: & *an is revocari poſſit?* non hujus *loci* eſt in id *inquirere*, proinde te ad *ff.* remitto.

§. TUTORES FIN.

Tutores, & *Curatores* etiam nomine *alieno*, *i. e. Pupillorum*, *Minorum* nomine, agere poſſunt. Imò, ex *neceſſitate officii* debent.

Quomodo autem hi *conſtituantur* alii *in Teſtamento*, alii à *Lege*, alii à Magiſtratu, ſuprà *Lib. I.* expoſitum eſt.

TITULUS XI.

DE SATISDATIONIBUS.

SUMMARIA.

1 & 2. *Cautio quid ſit*, *ac quotuplex?*
3 *Judicio ſiſti*, & *Judicatum ſolvi Cautio quæ ſit?*
4 *Quomodo iſta cautio præſtetur? Procurator an Cautionem præſtet?*

CONNEXIO.

1 Dictum eſt, quòd liceat hodie etiam per alios in Judicio expetiri. Jam verò cum decantata regula ſit, quòd nemo, rei alienæ defenſor idoneus ſine ſatisdatione eſſe, intelligatur, *l. in eo* 110. *ff. de R. J.* Ideò rectâ ſerie hic ſubjicitur *Materia Titulus* de Satisdationibus: ut autem iſte *Titulus* pleniùs percipiatur, *ſciendum* eſt, Verbum *Cautionis*, & Verbum *ſatis-dationis* ſæpiſſimé *confundi*, eaque ſumi vel *generaliter* & *latè*, vel *ſpecialiter*, & *ſtrictè*. Cautionis ſiquidem nomine generaliter ſumptò continetur omnis *Securitas*, ſeu omne id, quo quis *cautior* & *Securior* redditur.

Hinc, ut cautio à ſatisdatione diſtinguatur, *dividitur* in cautionem *ſimplicem*, & *idoneam*. Illa propriè, & ſtrictè cautio dicitur, quæ eſt nuda repromiſſio abſque interventu *pignoris*, 2

vel

vel fidejussoris, *l.* 35. §. 1. *l.* 33. §. 3. *Cod. de Epis. & Cler.* Huic cautioni si *Jusjurandum* accedat, cautio *juratoria* vocari consuevit, de qua §. 2. *h. t.* Hæc dici solet satisdatio, quæ fit vel *pignoribus*, vel *fidejussoribus*; *l.* 21. *ff. de constit. pecun. Harp. n.* 4. 5. & 6. Hanc in *varias* varii *species* dispescunt. Alia enim est *necessaria*, quæ à *Magistratu*, vel à *Lege* imponuntur, v. g. cautio, quam præstat *tutor*, *rem pupilli salvam fore*, de qua nos egimus in *Lib. I.* Alia *voluntaria*, quæ ex partium *consensu* injungitur. Qualis plerumque in contractibus inter partes in fieri solet. Alia *judicialis*, alia *extra-judicialis*. Illa in Judicio; hæc extra illud præstari solet. In hoc *Titulo* agitur duntaxat de satisdatione *necessaria*, & *Judiciali*. Cujus *species tres* occurrunt, puta; *Judicio sisti*, *rem ratam haberi*, & *judicatum solvi*. Prima est, quâ reus conventus promittit; & cavet, se in judicio permansurum usque ad exitum litis. Secunda est, quà procurator cavet, dominum ratihabiturum id, quod agit. Tertia, quâ reus cavet actori, se id, ad quod condemnabitur, soluturum. *Schamb. hic.*

Ad Princip. Et §. Si Vero I.

In hoc *princip.* & §. 1. Imperator enarrat Jus *antiquum*, quod videlicet olim obtinuit. Et quidem si *in rem agebatur*, possessor, i. e. reus [siquidem in actionibus in rem reus est is; qui possidet, §. 1. & 2. *Inst. de act.*) à Prætore compellebatur satisdare judicatum solvi, h. e. cogebatur, promittere, quòd victus rem ipsam restituere, aut si rem restituere non posset, litis, i. e. ipsius rei, de qua lis fuit, æstimationem solvere vellet. Equidem multò magis procurator rei satisdare cogebatur, *l.* 40. §. 1. *ff. de Procurat.* Actor verò non cogebatur satisdare in Judicio reali. Quia reus ille est, à quo petitur, & qui oppugnatur, & qui vel damnatur, vel absolvitur, ut cautio actoris supervacanea foret. Procurator tamen actoris satisdare tenebatur, ratam rem Dominum habiturum. Tutores verò, & curatores tenebantur eodem modo cavere, quo procuratores, nempe de rato, & Judicatum solv. Cùm tamen illi, Dominorum loco, haberentur, ideò cautio de rato ipsis remittebatur *Harp. n.* 14. & 15. In actionibus in personam ex actoris quidem parte eadem quoque observabantur, ut, si dominus ipse ageret in personam, nihil caveret; si procurator ejus, satisdationem de rato præstaret, *l* 23. *ff. de Procurat.* Reus autem, si proprio nomine actionem in personam suscipiebat, satisdare, judicatum solvi, non cogebatur; sin alienò? omninò satisdare tenebatur, judicatum solvi, *l.* 5. *ff. quib. ex caus. in poss. eatur*, cùm in re aliena nemo sine satisdatione idoneus defensor existat. Ratio porrò differentiæ; cur is, qui suo nomine in rem actionem suscipiebat, satisdaret; qui verò in personam, non etiam, hæc erat, quia actione in rem metuendum erat, ne reus malè sibi conscius, rem corrumperet, *agros desereret*, *tecta dissiparet*, &c. At, ab eo, cujus in personam agitur, nihil simile metuitur, quoniam non in certam aliquam rem: sed in universum ejus patrimonium agitur. *Harp. hic. n.* 17. & 18.

§. Sed Hodie 2. & 3.

De Jure novo, sive reus conveniatur actione reali, sive personali, non te-

tenetur ſatisdare, *judicatum ſolvi* : ſed tantum *Judicio ſiſti*, i. e. quòd in judicio permanere uſque ad terminum litis; ſeu ad ſententiam definitivam, nec ab eo ſine venia recedere, &, ubi ſuccubuerit, quòd impenſas litis præſtare velit. *Perez. hic.* Ratio autem, quare cavere non debeat Reus, judicatum ſolvi, eſt, quia ſuperflua remedia inducenda non ſunt, *l. hæc ſtipulatio §. 1. ff. ut Legat. num.* atqui hæc cautio videbatur eſſe ſuperflua, quia abſque ea reus ad judicatum ſolvendum, cogi poterat. *Manz. n. 2.*

4 *Q. Quomodò ergò reus iſtam cautionem præſtet ? R. ſp.* adminiculo *diſtinctionis*, vel enim poſſidet bona immobilia ſub illo judice, vel non. Si prius, quia non eſt periculum eluſionis, ſufficit ſola cautio promiſſoria, ſeu nuda, *l. pen. ff. ſatisdare cogant.* Si poſterius; hoc eſt, ſi non habeat bona immobilia, aut non ſufficientia, tenetur ſatisdare, i. e. per fidejuſſores: vel per pignora cavere judicio ſiſti. Quòd ſi verò neque per fidejuſſores, neque per pignora cautionem præſtare valeat? admittatur ad cautionem juratoriam. Quam etiam præſtant viri illuſtres, & dignitate præfulgentes; *l. pen. & ult. Cod. de dignit. Gril. 2. obſ 44 n. 10. Harp. hic. n. 4. & ſeqq.* Illud tamen non refert, ſive perſonæ illuſtres corpore Juratum præſtent, ſive promittant ſub fide, & dignitate, *bey Fürſtlichen, Prieſterchen, Adelichen, Ehr und Treuen. Gril. 1. obſ. 101. & obſ. 59.* Hactenus, quomodo *Reus*; Sequitur, quomodo *Actor* ſatisdat? Qui ſi ſuam ipſe actionem inſtituat, non ſatisdat; niſi, quòd intra duos menſes à tempore porrecti libelli litem conteſtare velit, & in ea uſque ad finem perſeverare. Item, quòd expenſas ſi temerarius litigator eſſe appareat, perſoluturus ſit; *Nov. 96. cap. 1. Nov. 112. cap. 2. Auth. libellum. Cod. de dilat. Manz. n. 27.*

Sed quid? *ſi actor procuratorem litiget.* R. Si procurator mandatum probet, vel præſentis domini habeat authoritatem, non ſatisdare tenetur, *de rato l. 2. Cod. de ſatisdat.* quid enim opus eſt cautione, ubi conſtat de voluntate domini, qui dum procuratorem litigat, ipſe litigare videbitur, *Perez. hic.* Extra iſtos caſus procurator de rato cavere tenetur, §. 3. *hic.* Ut autem ad iſtam de rato cautionem admittatur, requiritur, ut ſaltem aliquod mandatum habeat, puta, generale, quia eſt procurator omnium bonorum; aut dubium, *l. 3. §. ſi procurat. ff. de novi operis nunt.* Item, *l. 3. § 2. ff. ut in poſſ. eatur.* Nam, ſi procurator nullum penitus mandatum habeat, & de hoc evidenter conſtet, ad agendum penitus non admittitur. *Weſenb. in parat. n. 6. ff. de procurat. Manz. n. 9. hic.* Niſi ſit perſona conjuncta, pro qua vult agere, *l. martas; l. exigendi Cod. de Procurat.* conjunctæ enim perſonæ in aſcendentibus in infinitum: in collateralibus uſque ad quartum gradum, etiam ſinè manu dato, pro invicem agere poſſunt. *Chling. q. 4. hic. & Manz. loc cit. n. 10.*

Ad ¥. Eodem.

Quid autem Juris? *ſi tutores*, vel *curatores*, vel aliæ tales perſonæ, quæ alienarum rerum adminiſtrationem gerunt, quales ſunt v. g. *Syndici*, *Oeconomi*, *Rectores*, &c. Non ipſi net, ſed per alios litigare velint? R. Quòd idem de actore, ob id genus perſonis conſtituto; dicendum ſit, quòd de procuratore, & pariter de rato cavere debeat; niſi habeat abſentium ſpeciale

cialе mandatum, aut præsentium authoritatem, confirmationem. Dixi: *de actore*, quia *Tutor*, *Sindicus*, *Procurator*, *Actor*, &c. ante litem contestatam non sunt Domini litis; nemo autem dicitur, constituere procuratorem, nisi dominus litis, *Menz. n.* 14. Sanè, si tales personæ ipsæ litigare velint, nullum tenentur satisdationem præstare, cùm pro dominis habeantur, *l.* 7. *§* 5 *ff. pro emptо. l.* 27. *ff. de Administ. & pericul. tut. Harp. num.* 5.

§. SI VERO. 4.

Si reus conventus per procuratorem respondere velit, refert, num reus absens; num præsens sit? Si præsens sit, potest vel ipse in judicium venire, procuratorem declarare, eumque confirmare, præstandó cautionem, judicatum solvi. Vel potest etiam extra judicium pro procuratore suo eandem cautionem judicatum solvi, cum omnibus clausulis præstare ita, ut is sui procuratoris fidejussor quodammodo existat. Ut verò magis cautum sit, debet etiam omnia sua bona hypothecæ subjicere, sive in, sive extra judicium constituerit, vi cujus hypothecæ tam ipse, quàm hæredes conveniri possunt. Præterea caveat & hoc, quòd tempore recitandæ sententiæ in judicium veniet; vel si non venerit omnia daturus sit vel ipse, vel fidejussor, quæ in damnatione continentur, nisi fuerit provocatum. Ita, *Schamb. hic.*

§. SI VERO REUS 5.

Quòd si verò reus præsens non fuerit, ex quacunque demum causa id contingat, potest quilibet, qui vult defensionem ipsius suscipere, tam in reali, quàm personali actione, dummodò cautionem præstet, *judicatum solvi*. Ratio est, quia (ut *sæpius* decantatum) nemo defensor rei alienæ: sine satisdatione idoneus esse, intelligitur.

§. QUÆ OMNIA 6.

Quæ hactenus dicta sunt, omnia apertiùs & perfectiùs quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis, i. e. ex praxi apparent.

§. QUAM FORMAM FIN.

Supradictas satisdationum formas, & modos aut hoc, §. *Justin.* non solùm in hac regia urbe (intellige *Constantinopoli*) sed etiam in omnibus aliis provinciis observandos esse. Num apud nos adhuc omnia usu serventur, praxis docebit.

TITULUS XII.

DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS ET QUÆ AD HÆREDES, ET IN HÆREDES TRANSEANT.

SUMMARIA.

1 *Quæ actiones sint temporales? quæ perpetuæ?*
2 *Per litis contestationem quomodo perpetuentur actiones?*
3 *Actiones quæ transeant ad hæredes?*

4 *Actiones pœnales ad hæredes non sunt transitoriæ.*

5 *Actore, nihil probante, reus absolvitur.*

1 Recensentur in hoc titulo adhuc *duæ* actionum *divisiones*, quòd aliæ sint *temporales*, aliæ *perpetuæ*. Aliæ *in hæredes transitoriæ*. Aliæ *non sunt transitoriæ, de quibus in ordine.* Actiones perpetuæ olim dicebantur illæ, quæ perpetuò sive in æternum, sine ulla temporis præfinitione proponi poterant. Hujusmodi actiones erant omnes illæ, quæ ex aliqua juris civilis parte descendunt, veluti ex *lege*, *plebis scito*, *SCto*, *Principum placitis*, *vel responsis prudentum.* Ratio, quia qualis est *causa*, talis est *effectus*; atqui causa, puta, lex civilis, potestas, & Jurisdictio erat perpetua, ergò & actiones, ex Jure civili descendentes. Verùm, hodie per constitutiones Principum, ut aliquis litium finis esset, certi fines omnibus actionibus præscripti sunt, nimirum tales, ut omnes actiones civiles, tam personales, quàm reales regulariter 30. Annorum spatio, vel ad summum 40. Annorum extinguantur, prout fusius dictum, *lib.* 2, *Inst. tit.* 7. adeoque actiones, quæ 30. vel 40. annis durant, vocantur perpetuæ. *Manz. n.*30.

Ad Vers. Eas Vero.

Vidimus, quæ actiones dicantur *perpetuæ*; Sequitur de *temporalibus*; temporales autem actiones illæ dicuntur, quæ annò tantùm durant, quales sunt ferè omnes actiones Prætoriæ, quas Prætor, supplendi Juris Civilis gratiâ, introduxit. Ratio, quia Prætoris imperium unò tantum anno durabat, & ea propter actiones, ab eo introductæ, ferè omnes sunt annales. *Perez. Inst. hic.*

Dixi: *ferè omnes*, siquidem sunt etiam Prætoriæ actiones, quæ perpetuo, i. e. 30. vel 40. Annis durant, nimirum illæ, quæ sunt rei persecutoriæ, & NB. quæ Juris Civilis rigorem non emendant, sed potius defectum supplent. Qualis est I. *Possessoria hæreditatis petitio*, quæ datur illi, qui de Jure quidem civili non est hæres, sed de Jure prætorio ad successionem, & bonorum possessionem admittitur. De qua vide. *Lib. V. ff. Tit.* 5. II. *fideicommissoria hæreditatis petitio*, de qua est integer *Tit. Lib. V. ff. tit.* 7. quæ datur fideicommissariis, postquam ex *SCtò Trebelliano*, hæreditas est restituta; ad prosequenda bona hæreditaria. *Manz. n.* 32. & *seqq.*

Dixi notabiliter, *quæ Juris Civilis Rigorem non emendant*, &c. Hinc actiones, *rescissoria*, *Pauliana readhibitoria*, *quanti minoris*, &c. licèt sint rei persecutoriæ, uno tamen duntaxat annò durant, §. 6. *Inst. de act. Schamb. hic.* & *Schneid. n.* 4. *Ch*l*ing. Q.* 1. *hic.*

Dices: si metu coactus, alteri vendidi, valet emptio, & venditio; *l.* 10. *ff. quod metus causâ*; & tamen, eam rescindendi causâ actio, quòd metùs causâ, à prætore etiam post annum (saltem in *simplum*) datur, *l.* 14. §. 1. *ff. eod.* ergò, licèt actiones Prætoriæ Jus Civile emendent, & eò Jure validos contractus rescindant: tamen sunt perpetuæ. R. Hoc in actione, quod metûs causâ, esse singulare propter delictum à metu incutiente factum, ratione cujus prætor quod metu gestum est, nullò tempore, quoad rei persecutionem, voluit tantùm habere *l.* 21. §. 1. *ff. quod met.*

met. causâ &c. *Chling. loc. cit. ob. nn. Manz* 36.

AD VERS FURTI QUOQUE.

2 Certum est actiones *Prætorias pœnales* utili duntaxat annô durare, v. g. actiones *vi bonorum raptorum*, de *albo corrupto*, *injuriarum*, &c. Excipitur tamen actio *furti manifesti*, quæ; licèt ex pignus Prætoris Jurisdictione proficiscatur; tamen perpetuo datur; absurdum enim est, eam anno terminari, fortè ob odium; quod isthæc actio secum ducit. Illud adhuc *notandum*, quòd actiones, de natura sua *temporales*, ex *accidenti* fiant perpetuæ, nempè per litis contestationem. *Ratio*, habetur in *l.* 239. *ff. de R. J.* quia omnes actiones quæ morte, aut tempore pereunt, semel inclusæ Judicio, salvæ permanent. Ita, ut in *Regulam* abierit; litis contestatione lis perpetuatur, *l. ult. cod. de præscript.* 30. *vel.* 40. *ann.*

§. NON AUTEM I.

3 In hoc §. traditur altera *divisio*, puta, quò l actiones aliæ sint *transitoriæ* ad *hæredes*, aliæ *non* sint *transitoriæ*.

Q. ergò, *quænam actiones sint transitoriæ ad hæredes?* ℞. cum *distinctione*. Utrùm actiones descendant ex *contractibus*, utrùm ex *maleficiis*? Item; utrùm *sint persecutoria rei*, an verò *persecutoriæ pœnæ?* quo prælibato,

℞. I. si actiones descendunt ex contractu, vel quasi, tunc (regulariter) omnes activè, & passivè transeunt ad hæredes, *l. Ex contractibus* 49. *ff. de O. & A.* tum; quia hæredes, in universum jus defuncti succedunt, ejusque personam repræsentant? tum, quia, sicuti is, qui contrahit, non tantùm sibi, sed etiam hæredibus censetur prospicere, ita non se ipsum duntaxat: sed etiam hæredes obligat. *Perez. Inst. hic.*

Hoc tamen *Limitat* ipse *Imperator* in *textu*. ut etiam, si actio ex contractu oriatur contra tamen hæredem defuncti non competat, puta, *cùm testator dolosè versatus sit*: quæ verba varii variè interpretantur. Placet, quòd de eo casu sint intelligenda, si defunctus aliquem dolô induxerit ad contrahendum, qui alias contracturus non fuisset, hoc enim in casu actio contra hæredem dari non potest, quia negatur *suppositum*, actionem dari, nam contractus, cui dolus causam dedit, ipso Jure nullus est. *Manz. n.* 6. & 7. aliter *Harp. & Schamb. hic.* Hoc tamen iterum in *Textu sublimitatur*; nisi aliquid à defuncto ad hæredem pervenerit, quoniam omnia lucra iniqua ab hæredibus extorquentur, *l.* 1. *ff. de eo per quem fact.*

℞. II. si actiones pœnales descendunt ex delictis, adversùs hæredem non competunt. Unde, si quis furtum fecerit, aut rem meam vi rapuerit, aut injuriâ me affecerit, aut damnum mihi dederit; licèt contra ipsum haberem actionem furti ad quadruplum, vel duplum, vel vi bonorum raptorum, vel injuriæ, vel legis Aquiliæ, mortuô tamen fure, raptore, injuriante, aut damnificante, adversùs hæredem nulla mihi actio datur; est enim certissima Juris regula, ex maleficiis actiones pœnales in hæredes rei non dari, *l.* 38. *l.* 111. §. 1. *ff. de R. J.* Ratio rationis; quia delicta tenent suos authores, *c.* 2. ✠ *de his, quæ fiunt à major. part.* & mors omnia solvit. *Nov.* 22. *cap.* 20. Regula ergò est, actiones pœnales, ex delicto descendentes, in hæredem non dari

hæc

hæc tamen regula ut procedit, requiritur, ut actiones pœnales, sint merè, pœnales, & præterea ex delicto descendant. Ita, *Manz. n.* 16.

Ex quo *infertur* I. Si actiones pœnales descendant ex contractu, quòd *activè* & *passivè* transeant ad hæredes, tales autem actiones sunt actiones *ædilitiæ*, de quibus, *suprà Tit.* 9. §. *ult. Manz. n.* 17. & *Harp. n.* 3. vel actiones, quæ competunt ad pœnam aliquam conventionalem, *l.* 27. *ff. de act. empti.* talis enim pœna non tam ex delicto, quam ex contractu debetur. *Infertur* II. si actiones pœnales non sint merè tales, sed rei persecutoriæ, quòd in hæredes transeunt. Sic conditione furtiva hæres furis tenetur in solidum, etiamsi res apud eum non exiſtat, imò, etsi nihil ad eum pervenerit. *l.* 7. §. 2. *ff. eod.* ita *Schamb.* §. 14. *Inst. de act.*

§. SUPEREST FIN.

3 Post integrum *tractatum de Actionibus* Imperator aliquid subjungit de *eventu* litis, qui in eo consistit, quòd actore non probante, reus absolvatur, *l.* 4. *Cod. de edend.* probante verò condemnetur.

Sed dices: si reus aliquando absolvitur, & aliquando condemnatur, quomodo verum est, quòd omnia judicia *absolutoria* sint; prout dicitur in hoc *textu*? ℞. Dominationem fieri à frequentioribus; frequentius autem contingit, reum absolvi, quàm condemnari. *Manz. n.* 3.

Dixi: *probante actore, reum condemnari.* Hic explicat *Imperator*, quomodo possit contingere, ut actor suam intentionem plenè probet, & tamen reus absolvatur, atque, id fieri tunc quando reus lite pendente, ante sententiam, bonam fidem agnoscens, satisfaciat actori, eique rem restituat cum fructibus; reddatque sumptus, in litem factos, hoc enim casu convenit officio Judicis, reum absolvere, nihil enim actor tunc ampliùs habet, de quo conqueratur.

TITULUS XXIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

SUMMARIA.

1 *Quid sit exceptio?*
2 *Et quotuplex?*
3 *Exceptio, quod metûs causâ?*
4 *Et exceptio doli, quando locum habeant?*
5 & 6 *Exceptio erroris, & exceptio non numeratæ pecuniæ quid sint?*
7 *Exceptio pacti de non petendo, quando opponi possit?*
8 & 9 *Quid sit exceptio Juris jurandi, & rei judicatæ?*
10 *Quæ dicantur exceptiones Prætoriæ?*
11 *Quæ civiles?*
12 *Item quæ peremptoriæ; & quæ dilatoriæ.*

CONNEXIO.

JUdicium ex tribus personis, puta, *actore, reo, & judice* constare in propatulo est; Hucusque actorem instruximus, quomodo debeat agere, & quam actionem movere possit? nunc reus

reus quoque instruatur, necesse est, quomodo se defendere debeat. Quæ ipsa defensio, alio nomine, nuncupatur exceptio, ideo introducta, quia sæpè accidit, quemadmodum ipse Imperator fatetur, ut licèt ipsa persecutio, quâ actor experitur, in se spectata, in thesi, in abstracto, vel in genere loquendô, vel summô? Jure Civili inspectò, justa sit, tamen in hypothesi iniquà, sit adversùs eum, cùm quo agitur, sicuti in decursu demonstrabimus. Hinc est, quòd *Aristoteles* dixerit: *sæpè, quod justum est, iniquum est. Manz. hic.*

§. V. G. I.

1 In *hoc.* §. declarat Imperator tres exceptionum species, videlicet exceptionem, quòd metûs causâ, exceptionem doli, & exceptionem erroris, quæ in factum vocatur. Priusquàm nos in specie de istis exceptionibus agamus, juvat dixisse in genere, quid sit exceptio? quæ *Definitur*, quòd sit actionis elisio; sive ratio aliqua ad defensionem sui allata, quâ actorem, sive de Jure, sive de facto tantùm agat, repellit, *l.* 1. *l.* 2. *ff. h. t.* Alia est Juris, & alia facti. Exceptio juris est actionis exclusio, sive illa, quæ præsupponit adhuc existentem

2 actionem. Ut ecce, debes mihi ex causa mutui centum, facio tecum pactum de non petendo. Ecce, ex Juris principiis clarum est, per istud nudum pactum obligationem civilem non tolli, ergò manet adhuc obligatio civilis, ac per consequens contra te habeo actionem. Quam tamen, si in judicium deducam, repellere me poteris exceptione pacti de non petendo, & hæc vocatur exceptio Juris, utpote supponens præexistentem actionem. Exceptio facti est, quæ non supponit præexistentem actionem; sive quâ repellitur is, qui nullam actionem habet, sed de facto duntaxat agit veluti si exempto vel vendito tecum agere vellem, cùm tamen emptionis, & venditionis contractus inter nos nullus sit initus. His in antecessum positis, sequitur.

Prima exceptio, *quòd metûs causâ,* 3 quæ tunc locum habet, quando quis per vim, vel metum coactus aliquid promisit. Licèt enim ille, qui metu coactus sic promisit, Jure Civili obligatus sit, nihilominus quia iniquum est, eum condemnari ideò datur ipsi exceptio, quòd metûs causâ, ad elidendam, & infirmandam actionem. Hinc, si is, cui metu coactus promisi, contra me agat, prout in rigore Juris potest, quia coacta voluntas est etiam voluntas, *l.* 21. *ff. quod met. caus.* dico, verùm quidem esse, quòd promiserim, sed metu inductus; æquius autem esse, ut quòd metu promissum est, non solvatur: licèt enim coactus velit, non tamen vult, sicuti volens, *Harp. num.* 5.

Secunda exceptio vocatur, exceptio 4 doli, quæ tunc locum habet, cùm quis dolo inductus est ad promittendum, v. g. induxi aliquem dolo, persuadendô ei, me esse amicum, cum non essem, ut mihi per stipulationem aliquid promitteret: Illi promisit, ex qua promissione nascitur obligatio, ac proinde actionem moveo. Hoc in casu poterit mea actio per exceptionem doli elidi, dicendo, quòd quidem promiserit sed dolò inductus; Juris autem sit, quòd dolus nulli debeat prodesse. *lib.* 1. §. 1.

ff. de except. Schamb hic. Hanc exceptionem doli, ut pleniùs percipias relege, quæ diximus, *ad* §. 30. *sup. de act.* quo in loco latè deductum, quando, & quem contractum dolus faciat nullum. Quo viso, sic statue, si ex contractu nullo agatur, dabitur quidem exceptio, sed facti &c. Si contractus adhuc teneat, & tamen agatur, dabitur exceptio Juris. *Schamb. hic.* Illud non ignorandum, licèt actio de dolo sit biennalis, *l.* 39. §. *pen. ff. de pecul.* exceptionem tamen doli esse perpetuam. Ratio, quia, quæ sunt ad agendum annua, vel temporalia, ea ad excipiendum sunt perpetua. *Harp. n.* 34.

5 *Tertia* exceptio est exceptio erroris in factum, quæ tunc sortitur locum, si quis errore lapsus stipulanti promiserit, quod promittere non debuerat. Veluti si putans me tibi centum debere, fortè ex mutuo, quæ tamen non debebam: eadem centum tibi stipulanti promiserim certo die me soluturum. Hoc in casu, si adversus me moveas actionem ex stipulatu, potero eam per exceptionem erroris in factum elidere. *Harp. n.* 35. Sanè ut intelligas, an exceptio facti, vel Juris locum habeat, inspiciendum est, num sit error substantialis, num accidentalis. Si priùs, facti, si posterius, Juris exceptio in factum locum sortietur. *Manz. n.* 25. *& seqq.* & nos *sup. in tit. de empt. & vend.*

§. Idem Juris 2.

6 Quarta exceptio appellatur exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua vide, *lib.* 3. *Tit. de litterar. oblig.*

§. Præterea 3.

7 Casus hujus paragraphi talis est: debeo mille Titio ex mutuo. Titius nudo pacto mihi promittit, se istos mille nunquam petiturum, non obstante hoc pacto, nihilominùs adhuc obligatus maneo; *l.* 27. §. *pactu ff. de pact.* quoniam pactum non est modus tollendi obligationem. Quòd si verò non obstante hoc pacto me Titius conveniat, potero ipsum repellere per exceptionem pacti de non petendo, eò, quòd iniquum sit, contra pactionem suam venire, & me condemnari, cùm grave sit fidem datam fallere. *Schamb. loc. cit.* Illud non omittendum, quòd usus exceptionis pacti de non petendo latissimè pateat, ejusque exempla in Jure passim sint obvia, non tantùm in quibus expressa conventio est de non petendo, verùm etiam ubi tacitè inter debitorem, & creditorem id convenisse lex præsumit. Unde redditâ debitori meo cautione debiti, pactus tacitè videor, ne petam, *l.* 2. §. 1. *ff. de pact.* sic, qui usuras in futurum à debitore recipit, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat, *l.* 57. *ff. eod Harp. n.* 14.

§. Æque, si Debitor 4.

Sexta exceptio vocatur exceptio Jurisjurandi. Cujus talis casus figurari potest. Titius v. g. possidet equum à parte rei meum. Illum peto, & cum neget equum esse meum, ne diu lis protrahatur, defero illi Juramentum, ut juret equum esse suum. Jurat Titius. Tali casu à parte rei adhuc equus manet meus, quem tamen, si per actionem petam, repellet me Titius exceptione Jurisjurandi; nam ego, deferendo Juramentum, videor cum eo transegisse, si juraverit? quòd non ampliùs equum petiturus sim, quòd cùm præstiterit, non ampliùs quæri- 8

tur,

tur, an sit metus, sed an juratum sit, *l.* 5. §. *dato ff. de Jurejurand. l.* 9, §. 3. *ff. eod. Schamb. hic.*

§. Item si in Judicio 5.

9 Septima exceptio nuncupatur exceptio rei judicatæ, quæ hoc exemplo patebit. Aliquis à parte rei, verè reus & debitor per sententiam Judicis à re petita absolvitur, talis revera à parte rei manet debitor, *text. hic. in l.* 60. *ff. de condict. indeb.* Sententia enim obligationem non tollit. Quia tamen sententia; postquàm in rem Judicatam transivit, pro veritate habetur, idcirco, si actor iterato petat, exceptione rei judicatæ repelletur. Quæ tamen exceptio, ut locum habeat, tria concurrant necesse est. I. ut eadem res in posteriori judicio petatur, quæ in priori petita fuerat. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 14. *ff. de except.* alia enim res facit aliud judicium. II. ut sint eædem personæ, *l.* 3. *ff. de except. rei jud.* res enim inter alios acta aliis non præjudicat, & sententia inter alios dicta, aliis nocere non debet. III. ut ex eadem causa agatur; ex nova enim causa licet iterum agere. *Manz. n.* 13. *& seqq.*

Ad §. Hæc Exempli 6.

Dicit Imperator, quòd hæc exempla hic retulisse sufficiat; plura enim in latiora digestorum volumina congessit, de quibus non vacat agere.

§. Quarum 7.

10 Diximus in §. 1. aliam esse exceptionem Juris, aliam facti, quam posteriorem non esse propriam exceptionem vulgare dogma est. Unde prima hic exceptionem divisio datur, scilicet; quòd exceptiones aliæ sint *Prætoriæ*, aliæ *civiles*. Civiles sunt, quæ ex causa civili, puta, ex lege S. Cto, plebiscito, vel aliis civilibus speciebus descendunt. Cujusmodi est exceptio S. Cti Macedoniani, & vel lejani, §. 7. *quòd cum eo, qui in alienâ potest. &c.* Item exceptio divisionis inter plures fidejussores, & reos debendi, §. 4. *sup. de fidejuss. l. fin. Cod. de const. pecun.* exceptio declinatoria fori, *l.* 7. *ff. qui satisdare cog.* exceptio non numeratæ pecuniæ, *tot. tit. de lit. Oblig.* nec non exceptio solutionis, novationis, præscriptionis &c. *Harp. n.* 5. Prætoria sunt, quæ ex jure prætorio oriuntur: cujusmodi sunt antè recensitè, exceptio pura, doli metus, pacti de non petendo, Jurisjurandi, &c. In effectu nihil refert, exceptio civilis sit, an prætoria; quia omnes durant in perpetuum ex regula illa vulgari, quòd temporalia ad agendum sint perpetua ad excipiendum, *l.* 5. §. *fin. ff. de dol. mal. except. Manz. n.* 4.

§. Appellantur 8. §. Perpetuæ 9. et §. Temporales 10.

In his paragraphis traditur Secunda divisio exceptionum desumpta à fine & effectu. Dicunturque aliæ *perpetuæ*, *seu peremptoriæ*, aliæ verò *temporales*, *seu dilatoriæ*. Perpetuæ, & peremptoriæ sunt, quæ non tantùm ad tempus actorem à limine judicii repellunt, sed semper in æternum agentibus obstant. *Text. hic.* Unde, & peremptoriæ vocantur, quòd totam litem perimant, extinguant. Id genus sunt exceptio doli mali, quòd metûs causâ, pacti de non petendo. *Jurisjurandi*, *& plures aliæ*, quas noveris, si intellexeris, quænam dicantur exce- 11

ceptiones temporales. Exceptiones temporales, seu dilatoriæ. Illæ dicuntur, quæ ad tempus duntaxat nocent, & temporis dilationem solummodò tribuunt. Sive quæ actionem aliquamdiu tantam retardant, non verò omninò tollunt. Tales sunt exceptio incompetentiæ, feriarum satisdationis, item exceptio pacti de non petendo ad certum tempus &c, Namque fac, quòd quis me vocaverit ad talem Judicem, qui in me nullam habet Jurisdictionem, aut vocaverit me tempore messis aut vindemiarum, aliò die feriarò, &c. vel denique, quòd quis alienò nomine litem mihi moveat, & neque mandatum pocuratorium producat, neque satisdationem præstet. Hic in casibus possum actorem repellere per exceptionem incompetentiæ, feriarum, illegitimationis, satisdationis, &c. *Manz. num.* 8.

§. PRÆTEREA FINAL.

Dictum *antè*, dilatorias exceptiones esse, quæ judicium retardant; ad illas quoque spectant exceptiones procuratoriæ, quæ illis opponuntur, qui, alienò nomine procuratores, & actores esse, contendunt, & tantùm procuratores esse possunt, v. g. *miles, mulier*, &c. *Infamis*, quod possit esse procurator, hic innuitur. De praxi aliud obtinet, &, sicuti advocatus, ita etiam procurator debet esse persona honesta, *Gail.* 1. *obs.* 43. *numero* 7.

TITULUS XIV.

DE REPLICATIONIBUS,

SUMMARIA.

1. 2. 3. & 4. *Quid sit replicatio, duplicatio, triplicatio, & quadruplicatio?*

5 *An exceptio, competens principali, competat & fidejussori?*

AD PRINCIPIUM.

1 Replicatio nihil est aliud, quàm exceptionis *Elisio*, seu *Defensio*, quâ amor rursus reum, contra se excipientem, repellit, v. g. Titius mihi debet 10. Aureos, petii illos, hæc petitio vocatur *actio.* Titius ait, quòd fecerimus pactum de non petendo, quæ responsio vocatur *exceptio.* Ego oppono, quòd posteà in contrarium pacti simus; ut iterum petere liceat, quæ opposito vocatur *replicatio.*

§. RURSUS I. ET §. 2.

Sæpè accidit, ut contra replicationem ulterius aliquid allegetur, quæ 2
allegatio vocatur *duplicatio*, Contra 3
quam si iterum aliquid opponatur, dicitur *triplicatio*, & ex quòd exceptio, super triplicationem facta nuncupatur *quadruplicatio*, & super qua- 4
druplicationem exceptio posita, dicitur, *qui duplicatio* & sic deinceps. Res exemplo patebit. Vendidi Titio equum meum, cùm autem pretium non solveret, conveni eum in judicio, ubi actio proponitur ex vendito. Titius objicit, quòd cum illo convenerim ex

ex postfacto, ut primùm post annum solveret. En, exceptionem pacti, Ego ℞. verum quidem id esse; sed quòd posteà cum eo transegerim, aliquot aureos remittendo, ut citiùs solveret. En, replicationem. Titius dicit, se istam transactionem iniisse metu. En, duplicationem. Ego dico: metum fuisse duntaxat levem. En, triplicationem. Titius ait, fuisse gravem. En, quadruplicationem.

§. QUARTUM. 3.

Ne detur processus infinitum, judicis officium est modum Allegationibus imponere.

§. EXCEPTIONES FIN.

5 Q. in hoc §. an exceptiones, quæ debitori principali concessæ sunt, etiam fidejussoribus dentur. ℞. I. Exceptiones reales, quæ debitori principali dantur, prodesse etiam fidejussori, *l.* 21. 32. *ff. de pact.* Ratio, quia, quod à fidejussoribus petitur, id ab ipso debitore peti videtur, cùm fidejussor per mandati actionem à Debitore, quæ solvit, repetere posset. *Manz. n.* 2. Ex quo sequitur, quòd, si v. g. debitor pactus fuerit cum creditore, ne debitum peteretur, & creditor nihilominùs peteret à fidejussore, hic se exceptione pacti de non petendo tueri posset, *d. l.* 21. *Harp. num,* 4.

℞. II. Exceptiones personales, quæ debitori competunt, fidejussori non prodesse, *lib.* 9. *ff.* Ratio, quia beneficia personalia perso. *de except.* nam non egrediuntur, *l.* 78. *l.* 196. *ff. de R, J.* Exemplum ponit *Imperator* in debitore, qui bonis cessit, nam, si talis debitor post cessionem à creditore iterum conveniatur, ille se defendere potest per exceptionem cessionis, quæ tamen exceptio fidejussores petit, illud maximè prospicit, ut, cùm facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis suum consequi, quæ igitur ad majorem creditoris securitatem inducta sunt, non debent in ejus damnum retorqueri. *Manz. num.* 10.

TITULUS XI.

DE INTERDICTIS.

SUMMARIA.

1 *Commendatur materia de interdictis.*
2 *Judicium aliud petitorium, aliud possessorium.*
3 *Consultius est intentare possessorium, quàm petitorium.*
4 *Succumbens in possessorio recurrere potest ad petitorium.*
Interdicta definiuntur.
Dantur etiam Interdicta super proprietate.
7 *Quomodo differant ab actionibus?*
8 *Alia sunt prohibitoria, alia restitutoria, alia exhibitoria.*
9 *Quid sit interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est?*
10 *Casus istius interdicti.*
11 *Contumax quis dicitur?*
12 *Quæ sit pæna contumaciæ?*
13 *Quid sit primum, & secundum decretum?*
14 *Quomodo primum decretum mandetur executioni?*

SI materiam de Actionibus gemmam, hanc de interdictis thesaurum, si illum lumen scientiæ, hanc solem jurisprudentiæ, si illam partem hanc totum pro condigno compellare possis, tanta nimirum interdictorum dignitas, utilitasque. Qua propter impigrè, & alacriter huic insudandum materiæ, haud aliter; quàm si pro aris & focis decertandum foret. Priùs tamen, quàm ad ipsa interdictorum principia progrediamur. 1

Præmitto I. duplex in jure nostro reperiri judicium, Puta, *petitorium*, & *possessorium*. Judicium petitorium est, in quo de sola proprietate, vel alio jure, v. g. piscandi, decimandi, collectandi, &c. diceptatur, extra possessionem, vel quasi, v. g. si actor petat, sibi fundum à reo restitui; quia jure dominus vel quasi dominus, ad se spectare, dicit; vel si afferat, sibi competere jus piscandi, decimandi in illo fundo. Et hoc in casu actor debet probare dominium, vel quasi, *l.* 23. *ff. de R. V.* cujus probatio in jure dicitur difficillima. *l.* 12. *Cod. de probat.* aut jus piscandi decimandi sibi 2

esse

esse constitutum. *Schneid. Inst. hic. n. 4. & 5. Chlingen. Inst. h. t. 4.* Judicium possessorium est, in quo de sola possessione rei corporalis, vel qua si possessione rerum incorporalium agitur, extra dominium, v. g. si actor non quidem dicat, fundum, quoad dominium, se ad se spectare, aut sibi in eo venendi, decimandi Jus competere; sed tantùm petat, ut vel adipiscatur possessionem rei, quàm anteà nunquam habuit; vel ut possessionem, inqua turbatur, quietam retineat; vel, si de possessione dejectus sit, illam iterum recuperet. *Schneid. loc. cit. n. 9.* ubi ait, hôc casu, non esse probandum actori dominium, sed solam possessionem, vel quasi, cujus facilis est probatio.

Præmitto II. semper consultiùs esse, & utilius, intentare judicium possessorium, quàm petitorium, *l. 24. ff. de R. V.* Illis verbis: *Is, qui destinavit, rem petere, animadvertere debet, an aliquò interdictò possit nuncisci possessionem; quia longè commodius est, ipsum possidere, & adversarium ad onera petitorii compellere, quàm alio possidente petere*; ratio hujus est ista, quia, si actor vincat in judicio possessorio, tunc onus, probandi dominii, rejicit in adversarium, qui si dominium, vel quasi per testes; aut instrumenta probare non possit, causâ cadit, tametsi fors à parte rei dominium ad ipsum spectat; cùm sæpè in jure non deficiat jus, sed tantùm probatio, *l. fin. Cod. de R. V.* Deinde, hanc quoque ob causam consultius est, primò locò intentare judicium possessorium, quàm petitorium; quia licèt in possessorio succumbas, salvum tamen remanet petitorium, ita, ut hoc intentare possis, postquàm in possessorio adversam tulisti sententiam: sententia enim lata in possessorio, non generat exceptionem rei judicatæ in petitorio, *l. 15. §. fin. ff. de excep. rei jud.* Hinc est, quòd in judicio possessorio plerumque per sententiam reservetur petitorium *Sutting. observ. 4. n. 4. ibi: Der Beklagte &c. i. e. Reum esse ab hoc judicio ergà actores liberum: Si autem velint actores in petitorio reum persequi, licet eis id juxtà juris ordinem facere.*

Ad Princip.

4 Q. in hoc principio, quid sint, & olim fuerint interdicta? Et respondet Imperator, olim interdicta fuisse nihil aliud, *quàm formas, & certas verborum conceptiones, quibus Prætor aut jubebat, aliquid fieri; aut fieri prohibebat, quod tunc maximè fiebat cùm de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.* Verùm, cùm istæ verborum solennitates id usu esse desierint, nec ampliùs de jure moderno referat, sub qua verborum forma interdicta intententur, ideò magis erit operæ pretium, ad laboris malleare incudem, quid hodie sint; & quomodo appositè definire possint interdicta? ubi præ alii mihi arridet Zoesii accurata interdictorum descriptio, puta, quòd sint decreta, quæ Prætor facit super possessione, aut quasi, cùm statuit, apud quem rei controversæ inter duos debeat esse possessio interim, dum litigatur de proprietate. Brevius Perezius definit interdicta: quòd sint actiones extraordinariæ de possessione, vel quasi à Prætore datæ.

5 Dixi, *super possessione, vel quasi*; Ratio est, quia interdicta ad hunc præcipuè finem inducta sunt, ut vel acquiratur, vel retineatur, vel recuperetur possessio, abstrahendo, quis rei possessæ dominus esset; erant enim veteres ita comparati, ut vel maxime con-

contenderent de poſſeſſione, vel quaſi, ideò fortè, quod beati ſint poſſidentes; quoniam fructus eorum: ne ergo ad arma uſque devenirent, prius ſemper de poſſeſſione, vel quaſi, quàm de proprietate cognoſcabatur. *Manz. Inſt. hic. num.* 11.

AD V. MAXIME.

6 Licèt interdicta maximè, & principaliter locum habeant, quando de poſſeſſione, vel quaſi eſt contentio, ſunt tamen aliqua interdicta, in quibus non tantùm ſuper poſſeſſione; vel quaſi, ſed etiamſuper jure & proprietate rei quæſtio eſt; ſive (ut clariùs loquar) in quibus non ſufficit, ſi quis probet, ſe poſſidere, vel prodeſſe; ſed, ſi velit obtinere victoriam, neceſſe habet, ut dicam cauſam dominii, vel quaſi, cur poſſideat? atque ita de jure ſuo docere cogitur, unde talia interdicta dicuntur contineri rei perſecutionem, ſeu cauſam proprietatis, quale eſt interdictum de mortuo inferendo, in quo actor debet probare jus, inferendi mortuum. Item, interdictum de aqua quotidiana, & æſtiva, ubi non ſufficit, ſi actor dicat, ſe eſſe in poſſeſſione, ducendi aquam de loco publico; ſed neceſſe eſt, ut doceat, hoc jus ſibi competere, vel à Principe conceſſum eſſe, *Schneid. n.* 39. *Harp. n.* 70. *& ſeqq. Schamb. hic.*

7 Porrò, interdicta in multis differunt ab actionibus, præcipuè verò I. Quod actionibus petatur ipſa res propter jus vel ad rem, vel in re; interdictis autem principaliter petatur poſſeſſio, vel quaſi. II. Quòd omnia interdicta ſint Prætoria, non verò actiones, quorum aliæ Civiles, aliæ Prætoriæ. III. Quod omnia interdicta ſint perſonalia, quoniam ex delicto deſcendunt, quamvis pleraque in rem ſcripta. *Hunn. ad Treutl. vol. poſt diſp.* 25. *th.* 1. *lit. C.* Actiones verò ſunt aliæ reales, aliæ perſonales. IV. Actiones cauſam terminant; interdicta viam ſternunt ad proprietatem, *Harp. loc. cit. num. & ſequent.*

§. SUMMA AUTEM. I.

Prima, quam Imperator ſummam, & præcipuam dicit, diviſio interdictorum eſt, quòd alia ſint prohibitoria, alia reſtitutoria, alia exhibitoria, *Text. hic. Prohibitoria* ſunt, quibus Prætor vetat, aliquid fieri, quorum quatuor 8
hic recenſentur. *Primum* eſt, *ne vis* 9
fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, ſive (ut textus loquitur) *quo vetatur, & prohibetur vim fiere ſine vitio poſſidenti.* Dicitur autem *ſine vitio* poſſidere, qui nec vi, nec clam, nec precariò poſſidet. *Vi* poſſidere dicitur non tantùm ille, qui rem vi [illegible] invaſit, & poſſeſſorem de poſſeſſione expulit, ſed etiam ille, qui armatâ manu venit, &, poſtquam poſſeſſor metu violentiæ fugiſſet, fundum vacuum occupavit, *l.* 1. §. 28. *ff. de vi & vi arm. Zoeſ. ff. uti poſſidetis n.* 2. *clam.* poſſidere dicitur, qui furtivè poſſeſſionem eſt ingreſſus, ignorante eò quem, ſibi controverſiam facturum, ſuſpicabatur, *l. clam.* 6. *ff. de acquir. vel amit. poſſ.* Ille verò, qui peregrè profectus eſt, & domi neminem reliquit; retinet poſſeſſionem civilem, & is, qui intereà clam, ſeu furtivè poſſeſſionem fundi ingreſſus eſt, ſi revertentem dominum non admittat in poſſeſſionem, vi magis poſſidet, quàm clam, ſeu furtivè. *Brunem in d. l.* 6. *n.* 2. *Precariò* poſſidere dicitur, qui precibus ab altero impetravit, ut ſibi poſſidere liceat, donec à concedente poſſeſ-

possessio revocetur; *l.* 2. *Cod. ff. de precario Zoes. loc. cit. Schamb. Inst. hic. Chlingens. Inst. h. t. q.* 20. *ob* 2. His præmissis, sequitur interdictum, *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*,

Casus. Titius mihi debet mille florenos, quos, cùm præfixo tempore non solveret, vocavi ipsum in judicium. Ille trinâ vice, aut unâ peremptoria citatus, contumaciter emansit, & non compatuit, Hoc in casu possum petere, me immitti in possessionem bonorum ipsius Titii, *cap. quoniam* 5. §. *aliis* X. *ut lite non contesta-ta. &c.* Fac ergò, ex primo decreto judicis me in possessionem bonorum Titii immissum esse; Titium autem temere me impedire, ne fortè in possessionem perveniam, vel actu me immissum turbare, vel omninò expellere. *Quæstionis* est, quomodo mihi consultum sit! Priusquàm mentem aperiam, duxi, operæ pretium esse, ut duo præmittantur.

11 *Primum est*, quis dicatur contumax? & quæ sit pœna contumaciæ? Contumax autem ille dicitur, qui, tribus edictis propositis, vel uno pro tribus (quod vulgò peremptorium appellatur (citatus, non comparet in judicio, & præsentiam sui facere recusat, *l.* 53. *ff. de re jud.* Paulò aliter contumacem describit. & fors magis practicè, *Eünsterwald. l.* I. *ob* 33. quòd sit ille. qui jus dicenti non obtemperat, nec, quod ipse voluit, agit.

12 Et hæc contumacia circa omnes judicii partes, non tantùm circa citationem, versatur, verùm etiam, si quis à judice satisdare. vel respondere jussus sit, & satisdare, vel respondere detrectet, vel non idoneè satisdet, *l. de ætate* §. *nihil ff. de interogat. Gail. lib.* I. *ob* 80. *n.* I. vel, si, juramentum præstare recuset, *manifestæ* 38. *ff. Kees ad Instit.* *de Jurejur.* Pœna contumaciæ de jure communi quæ sit? videre est *ex cit. cap. quoniam.* 5. §. *in aliis X. ut, lite non contest. & in Menoch. de arbitr. jud. lib.* 3. *cas.* 365. De usu moderno circa pœnam contumaciæ illud observandum potiùs; quàm discendum esse respondet, *May in suo Prooess. judiciario p.* 2. *memb.* 7. *art.* 2. De jure Austriaco quid obtineat? vide, *Suttinger ob* 23.

Secundum est, quod duxi præmittendum, quid sit *primum decretum*? 13 Primum decretum nihil est aliud, quam mandatum judicis; quò, ob contumaciam rei, actor in possessionem bonorum, custodiæ causâ mittitur, ut ea, pignoris vice detineat, donec reus veniat responsurus, *l.* 5. *l.* 8. *Cod. de bonis auth. jud. possid. Wesenb. in paratit. de dam. infect. n.* 2.

De consuetudine Austriacâ, hoc 14 primum decretum vocatur. *Der Ansatz: Stutt. obs.* 112. ibi · *Der Ansatz wird zu* Latein i. e.... *Ansatz dicitur latinè* primum decretum, *quod conceditur octo elapsis diebus in mandato (Warnungs-rathschlag) præfinis, cum clausula, nisi compareat.* Modum autem, quomodò primum decretum mandetur executioni? *Sutting. loc. cit.* taliter explicat: *Wann nun* ... i. e. *Ubi autem quis primum decretum obtinuit, illud tradit accenso (dem Weissbotten) quem speciali instruit mandato certa quædam bona capiend: hic autem utroque instrumento & quidem authentico instructus, eò se confert quo missus est, ostenditque decretum primum, datque hujus ut & mandati exemplar: quo facto, abscindit è porta Castri, vel Domûs judicis in vico, vel Curiæ in Urbe, lapillum quadratum, in cujus locum, ceram rubram signatam ponit: lapillum autem appendit scripto executionis à se confecto.*

Vvvv Ef-

15 Effectus primi Decreti potissimùm in eo consistit, quòd taliter immissus consequatur pignus Prætorium. *l. 2. Cod. pig. pot. in pig. hab. l. fin. Cod. de præt. pig. l. 26. ff. pignorat. act.* ita, ut immissus ex primo decreto præferatur creditoribus chirographariis, & etiam illis, qui posteriori locò in possessionem bonorum immissi sunt. *Sutting. loc. cit. n. 8.* ibi. *der altere Ansatz gibt vor dem jüngern die* Prioritæt.

16 Secundum decretum, quod vernaculâ nostrâ *Urlaub* vocatur, nihil est aliud, quàm mandatum judicis, quò actor, qui ex primo decreto immissus fuerat, veram possessionem aut etiam dominium, ob contumaciam, & moram Rei, acquirit, *l. 7. ff. d. damno infecto Wesenb. in parat. ff. d. t. num. 6.* Quomodo autem secundum decretum executioni mandetur praxis te, & usus docebit. Interim vide,

17 *Suttinger. observ.* 119. & *seqq.* Effectus secundi decreti est, quòd tribuat veram possessionem, & dominium ita, *Dasz der Executions - Werber* ... i. e. *Ut qui executionem obtinuit bona securè retineat, possitque ea vendere, donare, pignorare, & quocunque modo alienare. Suttinger. d. loc. cit. Schwarzenthal. process. jud. lib. 1. act. præ. 2. c. 7. Funsterwald. lib. 1. obs.* 110.

18 Jam in viam redeo, & ad statum quæstionis propositæ. ℞. Mihi consultum esse per interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, *text. hic. & in l. 1. ff. ne vis fiat ei, &c.* quod describitur, quod sit actio personalis, Prætoria, rei persecutoria, competens ei, qui permissu judicis ivit in possessionem bonorum, adversùs impedientem, turbantem, vel expellentem, ad hoc, quanti interest actoris, se impeditum turbatum, vel expulsum non esse. *Manz. num.* 18.

Cui competat? I. competit ei qui 19 ex primo decreto judicis, propter contumaciam Rei; in possessionem bonorum missus est. II. Ei, qui in possessionem, legatorum servandorum causâ, missus est, *l. 3. ff. d. t.* Enim verò, si testator reliquit legata sub conditione vel in diem, tunc ista legata ante conditionem, vel diem extraneum peti non possunt. Interim tamen cavendum est ab hærede, de præstando legato, si conditio existat, & dies adveniat, *tot. tit. ff. ut legat. seu fideicom. nom. cav.* Quòd si hæres cavere renuerit, legatarius mittendus est in possessionem bonorum, *l. 1. ff. Ut legat nomin. cav.* jam, si missus in possessionem turbetur, hoc ei interdictum competit. *Schneid. n.* 18. III. Datur ei, qui ex causa damni infecti immissus est in possessionem ædium vicinarum, prout contingit, quando vicinus meus ædes ruinosas habet, & de damno infecto. cavere recusat, *tot. tit. ff. de damn. Infect.* IV. Tandem omnibus competit, qui ex decreto Prætoris in possessionem missi sunt. *Harp. n. 5. hic.*

Contra quem competat? Dic breviter, quòd competat contra illum, qui, 20 venire in possessionem, impedivit, vel immissum turbavit, vel omninò expulit. *Schneid. n. 23. Manz. n.* 15.

Quæ requirantur? Primò à parte Actoris requiritur, quòd à Judice mittatur in possessionem bonorum. Secundò à parte *Rei*, quòd dolò ipsum impediverit, turbaverit, vel dejecerit, Tertiò, quòd decretum Judicis, mittentis in bonorum possessionem tenuerit. Si enim fuit subreptitium, id est, dolò obtentum, fortè, quia actor petit. se ex falso debito immittit, vel quia fuit tale debitum, quòd exceptione potuit removeri, decretum ipso Jure

Jure est nullum, quare prohibens immissionem, hoc edicto non tenetur, *l. 1. §. hæc verba. ff. ne vis fiat ei, &c. Schneid. d. 25. Harp. n. 9.*

24 *Ad quid detur?* Prætor in *l. 1. ff. d. t.* dixit, reum hôc casu teneri, quanti res est, quod JC. ita declarat, ut quanti scilicet interfuit creditoris, se turbatum, aut ejectum non esse, solvat turbans, vel vi expellens. Quod *Schneid. n. 20. ita declarat:* si debitum est magnum, puta, 100. Aureorum, & res, in quam creditor missus est, valeat tantùm 20. tunc reus solvat 20. tantùm. Si debitum est parvum, possessio verò multùm valet, tunc prohibens solvat interesse, quanti scilicet creditoris interest, in possessionem non fuisse admissum. Stante hac explicatione, hoc interdictum videtur esse pœnale, adeóque annale tantùm *l. 1. §. hanc actionem ff. ne vis fiat ei, &c.* nec transitorium ad hæredes, *d. l. 1. §. 1. Zoes. ff. eod.* Ego optimam salvo, aliorum, meliùs sentientium, judicio, opinor doctrinam esse, si statuatur, hoc interdictum simpliciter dari ad interesse, ut in effectu non differat ab actione in factum. *Brunn. in d. l. 1. Mynsing. hic. n. 3.*

De Mortuo inferendo.

23 Pro pleniori intellectu nota, quòd olim potuerit unusquique inferre mortuum suum, quò vellet, & ædificare sepulchrum; modò in suo fecerit sine alterius detrimento, & extra civitatem; propter fœtorem enim intra civitatem cadavera sepeliri non licuit, & sic locus per illationem cadaveris efficiebatur religiosus, *l. 2. §. 1. ff. de Relig. Manz. n. 20.*

Quandoquidem autem hodie apud nos Christianos, mortui non ampliùs sepeliuntur in locis privatis, sed in Ecclesiis, vel cœmeteriis, ideò hoc interdictum, saltem directum, locum non ampliùs habet, si tamen defactò quis prohibeatur, poterit etiamnum hodie utiliter postulare interdictum ad imitationem antiquitatis. *Manz. hic.*

Ne quid in loco sacro fiat.

Tertium interdictum prohibitorium 24 Juris Divini est; prohibet enim aliquid fieri in loco sacro, tendens ad deformitatem, & incommoditatem istius loci. Hoc interdictum datur cuilibet de populo, *l. 10. Cod. de Episcop. & Cleri.* adversùs eum, qui aliquid in loco sacro vult facere, deformitatem, aut damnum inferendo, *l. 1. ff. ne quid in loco sacro fiat.* ad hoc, ne ædificet, aut, si jam factum est, ut ædificatum destruat, & sic respectivè est restitutorium, *arg. l. 2. §. 19. ff. ne quid in loco publico fiat.* Illud adhuc notandum, quòd hoc interdictum non tantùm ad res & loca sacra se extendat, sed etiam ad loca sancta, *l. 2. ff. ne quid in loco sacro*, ubi dicitur: *in muris; itemque portis, & aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum, vel incommodum irrogetur, non permittitur. Schn. n. 50. Schamb. hic.* Illud certum est, per loca sacra non intelligi sacrarium, id est, locum, ubi sacræ res reponuntur, *l. 1. §. 1. ff. ne quid in lo. sacro. Harp. n. 15.*

Ne quid in flumine publicô, ripâque ejus fiat, quo pejus navigetur.

Quartum hoc est interdictum pro- 25 hibitorium. Habebat autem locum in eo casu, quando quis vel molendinum, vel aliquid aliud extruebat juxta flumen, ita, ut navigatio deterior

fieret. Quòd si de facto aliquid extractum sit, hoc interdictum est restitutorium, competens ad hoc, ut, si quid jam factum sit, tollatur, & in pristinum statum reponatur. *Manz. num.* 40.

Cùm hoc interdictum ad publicam utilitatem pertineat, ideò etiam cuilibet de populo datur, *lib.* 1. §. 9. *ff. ne quid in flumi. public.* Requiritur autem; ut locum habeat, quòd flumen sit publicum, & perenne, quod perpetuò currit; secùs, si sit privatum, & torrens, *l.* 1. §. 3. *ff. eod.* Secundò requiritur, quòd per tale ædificium impediatur navigatio, vel damnum aliquod vicinis inferatur, *Schneid. n.* 54. ubi declarat illud dubium, an in parte superiori fluminis liceat molendinum ædificare, si aliquis alius in parte inferiori molendinum habeat. Sed de hoc dubio, *in tit. de R. D.* diximus.

Secunda species interdictorum est, quòd quædam interdicta sint restitutoria, quibus Prætor jubet, aliquid restitui, quorum duo enumerat Imperator, putà, interdictum unde vi, & interdictum, quorum bonorum de quibus infrà suo locò.

Tertia species interdictorum est, quòd quædam interdicti sint exhibitoria; quibus Prætor jubet, exhiberi res, aliquando verò personas. De Interdictis; quibus Prætor jubet, res exhiberi, hic non agitur. sed in *ff. & Cod. de tabul. exhib.* Hic verò de interdictis, quibus Prætor jubet, personas exhiberi, agitur; & illorum duo occurrunt, puta de libero homine exhibendo. Interdictum de libero homine exhibendo est illud, dum jubet Prætor. exhiberi eum, de cujus libertate agitur.

Potest autem esse hujus interdicti iste casus: liber homo detinetur, tanquam servus, tum Prætor jubet eum exhiberi, ut constare possit, an sit liber, nec ne? Unde *definitur*, quòd sit interdictum exhibitorium, perpetuum, quod datur cuilibet, favore libertatis, *l.* 3. §. 9. *ff. de hom. lib. exhib.* adversùs eum, qui dolo hominem liberum detinet invitum, *l.* 1. *Cod. h. t.* ut in publicum producatur, seu extra secretum proferatur, *l.* 3. §. *ait prætor. ff. de homine libero exhib.* & libertate suâ fruatur. Dixi autem, *l. dolò*, unde contra parentes non datur, *d. l.* 3. §. 2. & 4. nec contra eum, qui captum redemit, & redemptum à se detinet, *d. l.* 3. §. 3. cùm, pignoris locò, habeatur, *l.* 2. *Cod. de postlim. revers.* Dixi II. *Hominem liberum:* quia is, qui liberum, quem bonâ fide, tanquam servum emit, detinet, non tenetur hoc edicto, cum certum non sit, an sit liber, *l.* 5. *Cod. de libero hom. exhib.*

Dixi III. *Invitum*, quia volenti non fit injuria, *l.* 1. §. *filii ff. de injur. Manz. n.* 96.

Secundum interdictum exhibitorium est de liberto exhibendo, quod ad similitudinem prioris interdicti inductum est, datur autem Patrono adversùs eum, qui suum libertum detinet ad hoc, ut eum exhibeat. *Schamb. hic.* Generaliter denique notandum, quòd, ubicunque quis prætendit, se habere aliquod jus reale in persona detenta, ut in Vasallo, Monacho; &c. detur ei interdictum pro illa persona exhibenda. *Schneid. n.* 57. Hinc,

Tertium interdictum, de liberis exhibendis, datur patri, habenti liberos in potestate, *l.* 1. §. 1. *ff. de lib. exhib.* adversùs eos, qui liberos ejus invitos detinent, ut exhibeantur; & patriæ restituantur potestati. Unde patet, I. Quòd Matri non competat; sed datur ei 28

ei interdictum, de libero homine exhibendo. II. Quòd non detur contra eum, penes quem filius spontè manet, *l. fin. ff. de liber. exhib.* vel causa fit, cur maneat; veluti apud Matrem, *l. 2. Cod. divort. facto apud quem, &c.* vel filia nupta apud Maritum maneat, *l. 1. §. fin. ff. de lib. exhib. Schamb. hic.*

§. SEQUENS 2.

Alia interdictorum divisio à fine desumpta est, nimirum, quòd quædam interdicta *adipiscendæ*, quædam *retinendæ*, quædam *recuperandæ possessionis causâ*, comparata sint. In primo agitur ad hoc, ut illam possessionem, quam nunquam habuimus, acquiramus. In secundo ad hoc, ut conservemus possessionem, quam jam habemus, & in qua turbamur. In tertio, ut possessionem amissam, quam habuimus, & amisimus, recuperemus.

§. ADIPISCENDÆ. 3.

Interdicta, adipiscendæ possessionis, hi duo enumerantur, puta, *quorum Bonorum*, & *Salvianum.* quibus ego tertium adjiciam, quod vocatur *quorum Legatorum.*

DE INTERDICTO, QUORUM BONORUM.

Antequam, casum hujus interdicti, figuremus, observandum est, duplices
29 in jure nostro hæredes dari. Aliqui
enim de jure civili ad successionem defuncti vocantur, & hi proprie nominantur hæredes. Aliqui autem ad successionem perveniunt de jure prætorio; & hi appellantur bonorum possessores, de quibus, vide *lib. 3. tit. 10. de Bonor. possess.* Interim sequitur *Casus*: Mortuo Titio, petiit successor ejus, Sempronius v. g. filius emancipatus (qui de jure prætorio tantùm vocatur ad successionem, *arg. §. 3. Inst. de ex hæred. lib.*) ut sibi à Prætore decerneretur bonorum possessio, sive ex Testamento, sive ab intestato. Prætor ei bonorum possessionem decrevit; verùm, hoc non obstante, cum Sempronius bona defuncti ex decreto Prætoris vellet occupare, advertit, quòd ex rebus hæreditariis varias res possideret Cajus. Quem cùm interpellaret, ut res illas restitueret, respondit: se etiam hæredem esse defuncti Titii, quod tamen probare non potest, & tamen, res hæreditarias restituere, recusat. Quæstionis est, quomodo Sempronio contra Cajum provisum sit? ℞. Per interdictum quorum bonorum.

Quod *Definitur*, quòd sit interdi- 39
ctum, adipiscendæ possessionis, competens ei, cui decreta est bonorum possessio, adversus eum, qui bona illa pro hærede, vel pro possessore possidet, ut possessionem per decretum Prætoris adipiscatur.

Cui competat? Hoc interdictum duplex est, *directum*, & *utile*. Illud utpote ex verbis legis descendens, datur bonorum possessori, seu hæredi ex Jure Prætorio. Hoc, utpote ex mente legis scaturiens, datur hæredi ex jure civili, nullâ factâ differentia, ex testamento: an ab intestato succedant? *Manz. Schneid. & Harp. hic.*

Contra quem competat? Datur I. 32
contra possidentem pro hærede, hoc est, qui contendit, se esse hæredem, cùm tamen hæres non sit, sive bonâ, sive malâ fide talem se esse contendat, *l. 11. ff. de hæred. petit.* II. Contra possidentem pro possessore, qui non contendit, se hæredem esse, sed de facto tantùm possidet, & interrogatus alium nullum possessionis titulum

potest allegare, nisi, quia possideo. Illud non refert, totam hæreditatem, sive partem, sive rem etiam minimam reus possideat; quòd enim de hæreditatis petitione diximus, idem hic dicendum, puta, quòd non à re petita, sed à Jure, quod hæres habet, hoc interdictum metiamur. *Struv. exercit.* 45. *th.* 81. Contra titulò possidentem, sicut non hæreditatis petitio: ita nec hoc interdictum datur; ratio est eadem, quæ in petitione hæreditatis, ad hoc ut actor vincat reum, debet is se fundare in Jure potentiori; quàm habet reus, alia in pari causa melior est conditio possidentis, *cap.* 65. *de R. J. in* 6. Sed in hoc interdicto actor se fundat in titulo hæredis, qui tamen non est verus titulus, aliàs hoc interdictum non daretur contra possidentem pro hærede; reus autem in titulo v. g. emptionis, & Jure possessionis, se fundat; ergò hic debet esse melioris conditionis. *Schneid. n.* 13. & *seqq.*

33 *Quæ requirantur?* Ut hoc interdictum locum, habeat, requiritur I. à parte actoris, quòd sit hæres ejus, cujus bona petit, de Jure prætorio, vel de Jure civili. Ex testamento, vel ab intestato. In totum, sive pro parte. II. Quòd actor anteà non habuerit possessionem rerum, pro quibus hoc interdictum intentat. Est enim hoc interdictum, adipiscendæ possessionis, ideo, si quis semel adeptus est possessionem, & eam amiserit, hoc interdictum ei non datur, sed interdictum, unde vi, quod, recuperandæ possessione ammissâ introductum est, vel etiam rei vindicatio, sicut de petitione hæreditatis diximus. Estque ratio; quia hoc interdictum, & petitio hæreditatis dantur pro rebus hæreditariis; sed. si quis semel apprehendit res hæreditarias, adeundo scilicet hæreditatem, non dicantur ampliùs res hæreditariæ, sed proprium patrimonium ipsius. Quod, pro renuntiantibus hæreditati paternæ, diligenter notandum est. Fac enim, filiam acceptâ dote, renuntiasse, mediante Juramento, hæreditati paternæ, *juxta cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. si posteà post mortem patris soli filii succedant, exclusâ filiâ; deinde verò unus ex filiis decedat, licèt hic nulla alia, quàm paterna bona relinquat; tamen soror ad ipsius successionem admittenda est, non obstante renuntiatione. Hæc enim, cùm ut strictè Juris; strictè quoque interpretanda est. Sed soror non fraternæ, sed paternæ hæreditati renuntiavit. Et bona illa paterna, ad filium delata, post aditionem hæreditatis non ampliùs dicuntur res paternæ, sed proprium patrimonium ipsius fratris. *Schneid. n.* 27.

A parte Rei requiritur. I. Ut rem hæreditariam possideat sine titulo, vel dolo possidere desierit, *arg. l.* 1. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* II. Ut res sint corporales; pro incorporalibus enim hoc interdictum non datur, *l.* 2. *ff. de R. V.* III. Ut res, quæ per hoc interdictum petuntur, fuerint in bonis ipsius defuncti. Sive per eum tempore fuerint possessæ, sive non, *l.* 1. *ff. h. t.* res enim in bonis esse dicitur, quoties, eam possidentes, exceptionem amittentes, actionem habemus, *l.* 52. *ff. de A. R. D.*

Dices: Hæredi competit petitio hæreditatis; ergò interdicto, quorum bonorum, opus non habet. *R.* Commodius esse hæredi, hoc interdictum intentare, quam petitionem hereditatis; 34
hanc enim, qui movet, plenè & liquidè probare debet, se esse hæredem, & bona, quæ petuntur, fuisse hæreditaria, vel saltem possessa, & detenta à de-

defuncto. Sed in interdicto, quorum bonorum, cùm sit modici præjudicii, sufficit summaria probatio; quæ semiplenè, vel præsumptivè concludat, *Schneid. n.* 45. Deinde, petitio hæreditatis tendit non ad possessionem tantùm, sed etiam, ut Jus declaretur, ac dominium; quamvis conveniant quòd utrumque Judicium sit universale. *Schamb. hic.* Interdicto, quorum bonorum, affine est remedium ex, *l. fin. Cod. d. edict. D. Hadrian. tollend.*
35 quo hæres, testamento scriptus, illud, nullo visibili signo laborans, producens; & missionem postulans in possessionem omnium rerum hæreditariarum, quæ tempore mortis testatoris fuerunt, mittitur à Judice, summatim causam cognoscente, *d. l. fin.* Differt tamen hoc interdictum à remedio, *d. l. fin,* quòd in interdicto opus sit probatione summariâ, semiplenâ ac præsumptiva. In remedio autem, *d. l. fin.* nihil requiratur, nisi testamentum primâ figurâ, nullo laborans vitio. *Struv. ad ff. lib.* 43. *tit.* 2. *Exercit.* 45. *th.* 19. *Zoes. ff. quorum bonorum. n.* 6.

DE INTERDICTO, QUORUM LEGATORUM.

36 Casus: Testator in testamento suo varia legata fecit; legatarii res legatas, citra hæredis voluntatem, propriâ authoritate occupant. Hæres ex postfacto dubitat, num salvam habeat. Falcidiam? & ea propter, ut calculum conficeret, petit, sibi res legatas, & à legatariis propriâ authoritate occupatas, restitui; legatarii id detrectant.

37 *Quæstionis* est, qualiter hæredi consultum sit? ℞. Per interdictum, quorum bonorum, quod *Definitur*, quod sit interdictum, adipiscendæ possessionis, quo agit hæres, post aditam hæreditatem, contra legatarium, ut possessionem rei legatæ, quam non ex voluntate ejus, sed propria authoritate occupavit, restituat in majorem legis Falcidiæ authoritatem, *l.* 1. §. 1. & 2. *ff. h. t. Struv. ad ff. lib.* 43. *tit.* 3. *th.* 24.

Cui Competat? Cui, & adversùs 38
quem hoc interdictum competat, ex ipsa tradita definitione quisque possit conjicere; ubi tamen nihil interest, num de Jure prætorio, num de Jure Civili quis hæres sit? num ex testamento, num ab intestato, *l.* 1. §. 2. & 3. *ff. juncta l. un. Cod. quorum legat.* semper enim militat eadem ratio; ut nimirum coerceatur legatariorum, suâ manu, & propriâ authoritate sibi ejus dicentium, audacia. *Harp. n.* 68.

Ast, an contra tertium possessorem hoc interdictum competat? Non una omnium est sententia. Dic, quòd interdictum, quorum legatorum sit actio in rem scripta, ita, ut adversùs tertium quoque possessorem, qui causam habet à legatario, competat, *l.* 1. §. 13. *ff. quor. legat. l.* 9. §. 8. *l.* 14. §. 2. *ff. quod met. caus. Menoch. remed.* 2. *adipiscend. n.* 27. *Bachov. ad Treutl. hic. th.* 2. *lit. A.*

Dices I. Dolo quis petit, quod mox restiturus est, *l.* 137. *n. dolo ff. de R. J.* quomodo ergo poterit hæres rem legatam à legatariò repetere; cum tamen ea mox teneatur restituere? ℞. Dictam regulam fallere quando interest actoris, rem sibi restitui, uti in nostro casu interest hæredis, ut res ablata ei restituatur propter Falcidiam, quam hæres volebat deducere, & deducere non poterat, cum totum legatum à legatario esset occupatum. *Schneid. num.* 5.

Dices II. Nunquid legatarius, rem legatam propriâ authoritate occupans, amit-

amit-

amittit ejus dominium? *arg. l. 7. Cod. Unde vi.* Ubi dicitur, quod occupans rem alienam, in quam sibi quis jus (ait) competere, perdit omne jus suum, & occupans rem propriam, apud alium constitutam, privetur ejus dominio. ℞. Lagatarium, occupando rem legatam propriâ auctoritate dominium ejus non amittere. Ratio, quia, *cit. l. 7.* loquitur de eo casu, quo quis occupat rem alienam, aut propriam hæreditatem, penes alium tamen constitutam, ita, ut possessionem apprehendat. In nostro autem casu, ante aditam hæreditatem legatum est in nullius possessione; hæreditas enim jacere dicitur, nemini igitur possessionem auferre censetur, & ea propter mitius tractatur. *Schneid. loc. cit.* Quod si post aditam hæreditatem, legatum occupaverit legatarius, cadit jure legati. *d. l. 8. & l. 13. ff. quod met. caus. Schneid. d. lo.*

De Interdicto Salviano.

39 Casus. Ego locavi Titio meam domum, in quam varias res intulit (quas diximus, *tit. 6. de act. n. 72.* pro pensione annua locatori tacitè esse obligatas) Titius, non solutâ mercede annuâ, res suas incipit paulatim exportare, clam vendere, donare, & distrahere, ita, ut nihil ampliùs habere incipiat, unde mercedem solvat. *Quæstionis est*, quomodo mihi consultum sit? ℞. quòd mihi hoc in passu competeret actio Serviana, per quam avocare possim à quocunque possessore res, tacitò nexu pignoris mihi obligatas, prout latè diximus, *tit. 6. de Action. n. 67. & seqq.* Verùm, cum actio Serviana sit judicii petitorii, & actorem gravet onere probandi, rem in bonis conductoris fuisse, ideò actori datur interdictum Salvianum, quod intentare est longè consultiùs, siquidem in eo actor aliud nihil probare debet, nisi, quod res illatæ, & invectæ sint in prædium conductum, non attento, num inh̃ærentis fuerint, nec nè. *Manz. n. 9. & 10. Schneid. n. 3.*

40 *Definitur* interdictum Salvianum, quòd sit, adipiscendæ possessionis, quòd competit locatori, pro adipiscenda possessione bonorum, à conductione in prædium conductum illatorum, & invectorum, nec non propensione, deterioratione rei locatæ obligatorum. *Schneid. n. 4.*

Cui, & adversus quem competat interdictum Salvianum? vehementer variant DD. dic breviter, quòd detur omnibus, & contra omnes, quibus, & contra quos datur actio Serviana, de qua vide, *tit. 6. §. 7. sup. de actio.*

41 *Dubitatur*: an contra extraneum detur? Res dubia redditur per duos textus, qui primâ fronte inter se collidi videntur. Quos ut in concordiam reducas; dic, præfatum interdictum duplex esse, *directum*, & *utile*. Illud solummodò competit contra conductorem, *l. 1. vers. tantummodo Cod. de precar. & Salv. interd.* Hoc contra extraneos etiam competit, *l. 1. §. 1. ff. Salv. interd. Zoes. ff. eod. Schneid. hic. Fach. l. 8. cont. 92. Hunn. ad Treutl. vol. 2. disp. 25. th. 2. q. 30.*

Ad quid competat? Datur duntaxat ad hoc, ut locator adipiscatur possessionem earum rerum, quæ expressè, vel tacitè actori obligatæ sunt, sive debitor eos possideat, sive ad alios transtulerit. *Schneid. & Harp. hic.*

43 Porrò, an cæteris creditoribus, habentibus expressam hypothecam, interdictum quasi Salvianum competat? in varias opiniones abeunt DD. Sunt, qui

qui doceant, quòd sic, ex ratione; quia (inquiunt) cui competit actio Serviana, vel quasi Serviana, ei datur interdictum Salvianum vel quasi tale; ergò, cum quasi Serviana alias creditoribus pro expressâ hypothecâ competat, dicendum utique erit, quasi Salvianum ipsis interdictum competere. Ita *Wesenb. in paratit. de Salv. interd. n.* 3

Verùm, negativa longè est veritati propior ex hac sola; & solida ratione; quia nullus *textus* in jure est reperibilis, qui creditoribus, expressam hypothecam habentibus, quasi Salvianum interdictum præbeat. *Menoch. adipis. remed. d. n.* 21. *Harp. n.* 57.

Ad rationem dubitandi ℞. Verum quidem esse, quòd, cui competit Serviana, ei competat Salvianum interdictum. Ast hoc falsum est, quòd, cui competit quasi Serviana, ei competat quasi Salvianum: illud enim legibus firmatur, hoc non etiam.

§. Retinendæ. 4.

Absolvimus interdicta, adipiscendæ possessionis: recto ordine subjiciuntur interdicta retinendæ possessionis, quibus ad hoc agimus, ut possessionem, quam semel adepti sumus, si fortè in illa turbemur, retineamus. Hujus generis hic duo proponuntur, puta, *uti possidetis*. & *utrubi*.

44 Casus *interdicti, uti possidetis*. Titius possidet aliquam dynastiam, in qua cum fructus vellet colligere, uvas præcidere, feras venari, decimas percipere, semper impeditur, vel turbatur à Cajo, quo minus quietè uti possit suâ possessione. Quæstionis est, quomodo Titio contra Cajum de jure prospectum, & consultum sit? ℞. Titio consultum esse per interdictum *uti possidetis*, quo possessor agit contra turbantem. I. ad hoc, ut possessionem quietam retineat. II. ut reus in futurum non turbet. III. cautionem præstet de ampliùs non turbando, & IV. interesse præteritæ turbationis præstet, fructusque perceptos restituat. Quæ verba in decursu exactius rimabimur. Hic autem divisionem interdicti, uti possidetis, juvat inseruisse.

Itaque *Dividitur I.* in *directum*, & *utile*. Illud est, quod pro possessione rerum corporalium competit, hæ enim, propriè possideri, dicuntur, *l.* 3. *ff. de acq. poss.* hoc est, quod pro tuenda, quasi possessione rerum, & Jurium incorporalium datur, *l.* 1. & *l. fin. ff. eod. Schneid. n.* 3. *Bartol. in d. l* 2. *num.* 5. *Fünsterwald. lib.* 1. *ob.* 11. *num.* 14. 45

Dividitur II. In *ordinarium*, & *extraordinarium* seu summarium. Ordinarium illud dicitur, in quo, servatò Juris ordine, proceditur, & principaliter atque absolutè de possessione Partium disceptatur, plenæque probationes admittuntur. Summarium, sive extraordinarium illud appellatur, in quo, nullo servatò Juris ordine, tempestivè, & summariè proceditur, ne lite, dico, pendente partes ad arma veniant. Vocatur etiam momentaneum; quia sententia, in eo lata, non perpetuum, sed momentaneum, & ad tempus præjudicium affert, idque reparabile, quod in possessorio ordinario reparari possit; & interim, aut fiduciaria, aut depositaria possessio, aut provisionale remedium vocatur in quo probationes imperfectæ, & semiplenæ (quia modici præjudicii est) recipiuntur. *Gail.* 1. *obs.* 7, per totam, *Suttinger. obs.* 3. ubi varios casus recenset, in quibus solet summariè procedi. Vide etiam, *Struv. Exercit.* 45. *th.* 172. *lit. Q.* 46 47

48 *Cui competat?* Quandoquidem interdictum, uti possidetis, pro retinenda possessione datur, ideò, præsupponitur, illud possessori tantum dari: sed, cum diversæ sint species possessorum, ideo *datur* I. Possidenti civiliter tantum, si in sua possessione turbetur. *Gloss. in l. ult. ff uti possidetis.* Sic proprietarius dominus emphyteuseos, dominus feudi, & is, cujus bona in ipsius absentia sunt occupata, non dicuntur naturaliter possidere; sed tantum civiliter; eo videlicet, quia istum conatum animi in mente retinent, ut possessionem naturalem aliquando recuperent. Quòd si tamen in hac civili possessione turbentur, succurritur iis per hoc interdictum. *Schneid. n.* 14. *Harp. n.* 4. Fac etiam, quòd locator ædes suas reparare velit, & conductor ipsum impediat, hoc quoque interdictum locum habebit. *Exercit.* 45. *th.* 118. *lit. E.*

Datur II. Naturaliter possidenti tantùm, v. g. Vasallo, Emphyteutæ, Usufructuario. Ratio; quia his datur interdictum, *unde vi*, ad recuperandam possessionem amissam, *l. si plures* 2. §. 9. *ff. uti possidet.* ergò multò magis competet iis hoc interdictum: uti possidetis, cui enim damus impugnationem, multo fortiùs dabimus defensionem, ut ait *Azor in summar. Cod. eod. tit. n.* 6. *Schneid. loc. cit. num.* 15.

Datur III. Possidenti naturaliter, & civiliter simul, ex ratione evidenti, si enim hoc interdicto experiri ille potest, qui unam duntaxat speciem possessionis habet; cur id non possit ille, qui plenè possessioni innititur, *l.* 1. §. 1. *ff. uti possidet*, ubi possessori absolutè hoc intedictum datur, sed possessor (absolutè loquendo) intelligitur esse ille, qui est possessor plenus utràque simul possessione munitus; ergò possidenti utràque possessione hoc interdictum, vel maximè competit. *Bartol. in d. l.* 1. *n.* 1. *scilicet in* §. 4. *Inst. hic.* Illud non *refert* justè, an injustè quis possideat. Ratio, quia illius tertii turbantis nihil interest, & possidens, eo ipso, quòd possideat, plus Juris habet, quàm ille, qui non possidet, *l.* 2. *ff. uti possid.* adeòque, quoad tertium justam possessionem habere dicitur. *Gloss. d. l.* 2. eique vulgatum illud objicere poterit: quoad te liberas ædes habeo. *Harp. num.* 5. *Schneid. n.* 37.

Quod tamen verum est, nisi injustam possessionem ab illo habeat, contra quem hoc interdicto vult experiri; nam, si à tali possideat vi, clam, vel precario, hoc interdicto destituitur per *text. apert. l.* 1. §. *ult. ff.* & *l.* 2. *ff. uti possid. Harp.* & *Schneid. loc. cit.*

Q. An interdictum modo Detentori detur, v. g. Commodatario, Depositario, Conductori, Colono? &c. 49
Affirmativa his fundamentis nititur I. *l.* 1. §. *quod autem* 33. *ff. de vi*, & *vi armat.* Ubi interdictum unde vi datur pro rebus depositis, commodatis, pignoratis, & in quarum possessionem custodiæ causâ, missio facta est; & tamen depositarius, commodatarius, &c. detinere dicuntur; ergò si his datur interdictum, unde vi, dabitur quoque interdictum, uti possidetis.

II. *l.* 1. §. *fin.* & *l.* 2. *ff. uti possid.* ubi violento possessori hoc interdictum datur; ergò multò magis detinenti legitimè, cùm legitimo detentori Jura plus faveant, quàm violento possessori, *l.* 4. *ff. quod vi aut clam.*

III. per, *l.* 1. §. *si tibi* 11. *ff. de Itin. actuque privat.* ubi ei, qui usus est

est tantùm servitute aliquâ, puta, colono, datur interdictum de itinere actuque privato; ergò etiam dabitur interdictum uti possidetis, cum aliunde magnam habeant similitudinem.

Verùm his non obstantibus sententia negativa communior est, & probabilior, eamque suo patrocinio dignantur, *Hunn. vol. 2. disp. 23. q. 39. Bach. ibidem lit. d. &c. Harp. num. 6. hic. Schneid. n. 33.* Probatur per *text. evident. l. si duo 3. §. creditores 8. ff. uti posside* ubi creditoribus in possessionem rei servandæ causâ missis non conceditur hoc interdictum, uti possidetis: atqui certum est ejusmodi creditores bona debitoris detinere; ergò detentoribus, qui non possident, hoc interdictum non dabitur. Deinde facit ratio conspicua; quia interdictum, uti possidetis, præsupponit possessionem, at verò detentio nuda non est possessio, licèt quidem possessio detentio sit, sed non omnis detentio est possessio, *l. 9. ff. d. R. V.*

Non *obstat* primum, quoniam ibi principaliter pro recuperanda possessione rerum immobilium interdictum unde vi proponebatur, ac in consequentiam, & accessorie in eo res depositæ, commodatæ veniebant. *Schneid. loc. cit.* Fac enim quemque à possessione rei immobilis per vim dejectum, & simul per talem dejectionem ablatam esse, vel corruptam rem depositam, vel commodatam. Hoc in casu intentatur principaliter interdictum, uti possidetis, ad hoc, ut in possessionem restituatur; principaliter verò, & in consequentiam etiam petitur restitutio, aut reparatio rei depositæ. *Harp. numer. 10.*

Non *adversatur* secundum; etenim violentus possessor, tametsi injustè possideat, verè tamen possidet, non detinet, ut adeò Prætor detentorem tueri in possessione non possit, cùm nullam habeat. *Schneid. loc. cit.*

Non denique refragatur tertium; nam huic satisfacit, *Harp. n. 21. reponendo ex l. 3. vers. dare ff. de usufr.* ubi expressum est ' usum in corporalibus pro traditione haberi, & quasi possessionem inducere: quod si ita sit, sequitur suâ sponte, *in cit. l. 1. §. si tibi 11.* interdictum non ei dari, qui nudus est detentor, sed quasi possessori; quoniam illa usus eum quasi possessorem constituit aliter. *Hunn. loc. cit.* Sanè quamvis nudi detentores remedio interdicti uti possidetis destituantur, possunt tamen aliis remediis ita, puta, actione in factum, actione injuriarum, vel actione cassâ, vel officio Judicis, vel interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est &c. *Schneid. loc. cit. num. 33.*

Contra quem detur? Datur hoc interdictum uti possidetis, contra eum, qui alium in possessione quovis modò turbat, possessionisve controversiam facit. Nec refert in possessione naturali tantùm, vel civili simul, vel etiam in quasi possessione Jurium incorporalium, v. g. servitutum, Jurisdictionis &c. quis turbetur, *l. fin. §. uti possid.* Datur etiam hoc interdictum saltem utice adversus eum, cujus jussu vel mandato turbatio facta est, *l. 5. §. 8. & l. 11. §. 6. ff. quod vi aut clam. Harp. num. 23.*

Pro quibus rebus competat? Habet locum isthoc interdictum non tantùm in rebus corporalibus immobilius, sed etiam in incorporalibus, veluti Juribus, & servitutibus. Sic si turbor in servitute altius tollendi, in Jure decimandi, vectigalia recipiendi, aut in Jure eligendi &c, non est dubium, quòd utile saltem hoc interdictum

contra turbantem intentare possum. *Schneid. n. 7. & 8.*

Non *obstat*, quòd interdictum uti possidetis, detur pro tuenda possessione; possessio autem in res incorporales non cadat, *l. 3. ff. de acquir. poss.* licet enim in res incorporales non cadat vera possessio, cadit tamen quasi possessio, *l. 10. ff. si servit. vind.* ut propter hanc quasi possessionem utile hoc interdictum pro rebus incorporalibus applicetur, *l. fin. ff. de servit.* Minùs *adversatur*, quòd de servitutibus propria interdicta constituta sint, veluti de itinere, actuque privatô, de aquæ ductu, de fonte, de rivis, de cloacis, siquidem in Jure non infrequens est, de eadem re plures dari actiones. Si pro commodato rei vindicatio, & actio commodati datur. Deinde licèt aliquæ servitutes suas proprias actiones habeant, non tamen sequitur, de nulla rei incorporali hoc interdictum dari.

51 *Quæ requirantur, ut hoc interdictum competat?* Ex *dictis* haud difficile est adornare hujus interdicti *requisita* I. enim à parte actoris desideratur possessio de præsenti. Unde etiam interdictum retinendæ possessionis dicitur, ut quis retineat possessionem quietam. Et si hoc interdictum possessorium contrariam naturam habet cum petitorio, sive rei vindicatione, utpote quæ non competit habenti possessionem, seu contra possidentem datur, *l. un. Cod. de alien. jud. mut. causa facta.* Ex his *infertur*, quòd laico dicenti se possidere rès sacras vel religiosas hoc interdictum non detur; quia tales res à laico possideri non possunt, *l. 30. §. 1. ff. de acq. vel amitt. poss.* II. Requiritur ex parte actoris, ut non habeat possessionem vi, clam, vel precariò ab ipso reo, contra quem hoc interdictum intentat. Secùs est, si actor ab alio possessionem habeat vi, clam, aut precariò. Hoc enim casu reus non poterit excipere de Jure tertii, *l. 1. fines ff. uti possid.* & poterit actor replicare, dicendo: quoad te liberas ædes habeo, *lib. 4. §. 4. si servit. vind.*

A parte rei requiritur *Turbatio*; turbare autem dicitur aliquis muliplici modô, puta, si quis non sinit possessorem eo modô possidere, quo possidet, sed ipsum impedit vel fodiendô, vel arandô, vel ædificandô, vel eundô, vel alio denique modo, quorum 28. enumerat. *Hunn. ad Treutl. vol. 3. disp. 24. Q. 41.* quos omnes in medium ponere longum foret. Tu regulam cape, quòd toties quis dicatur turbari in possessione, vel quasi, quotiescunque impeditur aliquis actus, per quem actum probatur possessio, vel quasi, *Schneid. num. 40.*

Quid actor probare teneatur? In hoc 52 interdicto uti possidetis tenetur actor duo probare, puta, possessionem tempore litis contestatæ ex parte sui, & turbationem ex parte rei, *text. hic.* tertium autem requisitum, quod non vi, clam, vel precariò rem à reo possideat, præsumitur, ita ut reus hæc proponens probare teneatur, cùm reus in exceptione fiat actor, *l. 1. ff. de except. Schneid. n. 44.*

Q. qualiter possessio probetur? R. 53 ex eo quòd quis perceperit fructus de illo fundo; ex fructuum enim perceptione probari possessionem, statuit, *l. Pomponius. ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Secundò, si quis probet, arâsse, seminâsse, vel agrum coluisse, *Gloss. in l. 3. Cod. fin. regund.* III si quis probet recepisse pensionem propter fundum, vel domum, *l. 77. ff. de R. V.*

IV. *Probatur* etiam possessio ex solutione, & exactione collectæ, quòd vide-

videlicet Jus competat. V. Denique, possessio rei corporalis probatur per actualem insistentiam rei, habitationem, deambulationem &c. & tales plures modos: quibus possessio probatur, recenset. *Menoch. remed.* 3. *de retinend. poss. n.* 561. & *Schneid. n.* 56. & *seqq.*

Dixi *possessionem tempore litis contestatæ*, ubi tamen communiter obtinet, sufficere etiam, si actor probet, se possedisse rem immobilem modico tempore, ante litem contestatam, allegando se adhuc possidere; licèt enim tunc testes de possessione præsentis temporis nihil deponant, tamen obtinebit actor, quia possessio semel apprehensa solo etiam animo retinetur, §. *possidere* 5. *h. t.* unde & continuata præsumitur, *l.* 6. *Cod. de probat.* ita, ut reo dicenti actorem amisisse possessionem, incumbat onus probandi. *Hostiens. in cap. cùm ad sedem* 15. ✠ *de rest. spol.*

54 *Ad quid competat interdictum, uti possidetis?* ℞. Ad quatuor competere. I. ut cesset à turbatione præsenti. II. ut in futurum non turbet. III. ut caveat de non turbando, licèt *dissent. Hunn. ad Treut. vol. post. disp.* 25. *q.* 42. IV. ut præstet id, quod possessoris interest turbatam possessionem non fuisse, adeoque ut damna illata, & fructus, si aliquos perceperit, restituat. *Schneid. num.* 69. Porrò quomodo libellus in hoc interdicto formari debeat, praxis dabit.

Quid Judici in interdicto, uti possidetis faciendum? Certum est, & indubitatum, si reus non contendat se possidere, vel contendat se possidere, sed possessionem probare non possit, quòd tunc reus ad prædicta quatuor condemnari debeat. Verùm, cùm nonnunquam contingat, ut uterque se possidere dicat. Quo in casu tredecim casus invicem distinguit. *Hunn. loc. cit. q.* 43. *Schneid. verò n.* 82. *ad* 8. casus reducit. Utriusque doctrina compendio traditur ab *Harp. n.* 37. & *Gail. de pignorat. obs.* 22. *n.* 8. ubi dicit, quod hodie Judex pro illo sententiam secundam ferre debeat, qui antiquiorem possessionem edocuit, aut qui dominium, præscriptionem, justionemque proprietatis titulum probavit. Horum ad doctrinam si fortè nasum contrahas, consule, per me licèt, prædictos authores. *Hunn.* & *Schneid.*

De Interdicto Utrubi.

Hoc interdictum utrubi compositum est ab utrum, & ubi, id est, apud quem; quasi diceret Prætor, apud quem est res mobiles, apud eum sit & remaneat. Dico *res mobilis*, quia ultima inter interdictum uti possidetis, & utrubi hæc ponitur differentia, quòd illud pro rebus immobilibus; hoc verò pro rebus solùm mobilibus competat. Ut adeò in cæteris hodie ista duo interdicta, quoad omnia, & per omnia exæquata sint, & quidquid de uno disponitur, etiam de altero dispositum censeatur, *l. un. ff. utrubi.* Hinc ex utroque hoc interdicto victoriam hodie reportat, qui tempore litis contestatæ se possidere probat, §. *Retinendæ.* 4. *Inst. h. t.* quamvis olim in interdicto utrubi is victor extiterit, qui majori anni parte scilicet 7. mensibus se possedisse edocuit. 55

Competit interdictum utrubi in duobus præcipuè casibus. I. Quando quis patitur inquietationem in possessione rei mobilis ab eo, qui tamen se possidere non contendit. II. quando duo ejusdem rei mobilis possessio-

nem prætendunt, quod fieri potest, quando ego verâ possessione frui, me assero, tu verò objicias, me à te habere nudam detentionem ex causa v. g. depositi, commodati, &c. quibus casibus non transfertur possessio, *l. rei commodatæ* 8. *ff. commodati.* Priusquàm ergò discutiatur, & doceatur, ex qua causa rem habeam, dubium est, quisnam ex nobis possideat, & ideò, donec, constet, ex qua causa ego possideam, utrique datur hoc interdictum. Ille tamen reportabit victoriam, qui se vera frui possessione probaverit. Ita, *Schneid. hic. n.* 2. & 3.

§. Possidere 5.

Esto, alii circa explicationem hujus §. perbreves sint, ipsam fortè Imperatoris methodum secuti: mihi tamen prolixiùs excurrere, operæ pretium visum est, præcipuè quòd propria hic sedes sit possessionum. Itaque,

Possessio à pedibus appellata est, quasi pedum positio, *l.* 1. *ff. de acq. vel amitt. poss.* Ratio hujus etymologiæ ex ipsa rei origine desumpta est; homines enim à principio omnia pedibus acquirere cœperunt; juxta illud; quidquid per tuus calcaverit, tuum esto, *Jason. in d. l.* 1.

Definitiones possessionis tot ferè occurrunt, quot capita, ita ut illud Glossa in *l.* 38. *ff. de V. O.* verificari videatur, nimirum peritissimos nescivisse definire possessionem. Cardo difficultatis in eo rotatur, num adæquatum possessionis genus constituat *detentio*, num *jus*? sunt enim; qui definiant possessionem, quòd sit, *jus insistendi rei corporali, non prohibitæ possideri.* Ita *Schneid. n.* 7. *hic. Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 21. *lit. E.*

57 Verùm, quòd hæc definitio minùs mihi arrideat, facit. I. Quia mulier rem à marito donatam verè possidet, *l.* 1. §. *si vir. ff. de acq. vel amitt. poss.* Item malæ fidei possessor verè possidet, *l.* 5. *ff. de usurp. & usucap.* & tamen nec mulier, nec malæfidei possessor jus possidendi habent; siquidem contra Jura, & contra leges possident, *arg. l.* 16. *ff. de acq. vel amitt. poss. junctâ l.* 17. *ff. eod.*

Facit II. Quòd reversi ab hoste Jure postliminii omnia jura recipiant, quæ per captivitatem amiserant, §. 5. *Instit. Quib. mod. patr. potest. sol.* & tamen neque possessionem, neque usucapionem cæptam recipiunt, sed coguntur ex integro adipisci possessionem; & hac adepta primùm incipit currere usucapio, nec vetus interrupta restituitur, *l.* 10. *ff. ex quib. caus. major.* ergò sequitur, quòd malè possessio dicatur jus esse.

Fac. III. Quòd hæres, quàm primum hæreditatem adiit, succedat in omne jus defuncti, *l.* 37. *ff. de acq. hæred.* & tamen non succedit in possessionem defuncti, sed nova apprehensione opus est; ergò malè dicitur possessio, quòd sit jus.

Facit IV. Text. in l. 19. *ff. ex quib. caus. major.* ubi possessio dicitur plurimum facti habere. Item *text. in l.* 1. §. 3. *ff. de acq. vel amitt. poss.* ibi: *eam rem enim facti, non juris esse.* Denique *text. in l.* 29. *ff. eod.* ibi: *quod enim facti est, potest amittere.*

Sunt alii, qui possessionem definiant 58 quòd sit, *detentio rei corporalis, animo; & affectione domini*, ita *Hunn. ad Treut. vol. post. disp.* 21. *th.* 1. *lit. a. Arumæ. disp.* 20. *th.* 6. *Donel.* 5. *Comment. cap.* 6. *in l.* 9. *Cod. de Reb. cred.* Ast, quòd hæc definitio mihi videatur minùs accurata, *Facit I.* Quia prædo, quem ipsi adversarii possidere con-

concedunt, non potest habere animum dominii, nisi improbâ, & injuriosâ affectatione, cui non suffragandum. *Facit II.* Quòd is. qui precariò rogavit, verè dicatur possidere, *l. 2. §. si de precar.* Item quod creditor dicatur possidere pignus, *l. 40. ff. de acq. vel amitt. poss.* Denique quòd sequester, si ita convenerit, possideat, *l. 17. §. ff. deposito*: & tamen omnes isti animum dominii tam parum habent, quàm ego recedendi unquam à via justi, & æqui. *Facit III.* Quòd in *l. 13. §. 1. ff. de Publ. act.* & *l. 32. §. 1. ff. de noxal. act.* ait: *Item in l. 7. §. 4. ff. communi divid.* expresſè duæ species possessionis constituantur. Una, quæ fit cum animo dominii; altera quæ tali animo destituta est. Jam ain, quæso, quâ fronte, & quo vultu affirmare audeas, præfiguratam definitionem dici posse genericam, utpote in qua jam devenitur ad specificam, puta, civilem possessionem.

Sunt alii, qui definiant possessionem, quòd sit, *rei corporalis detentio, corporis & animi, jurisque adminiculò.* Sed nec ista mihi placet definitio, tametsi illam amplectatur. *Haunold. de J. & J. tòm 1. fol. 256. n. 203.* & *S hamb. Inst. hic. Brunnem. in d. l. 1. ff. de acq. vel amitt. poss.*

Ego existimo possessionem optimè posse sic describi, quòd *sit detentio rei corporalis, cum affectione eandem sibi habendi.* ita colligitur ex *l. 2. §. 20. ff. de acq. vel amitt. poss. clariss. D. P. Konig. ad Decret. de causa poss. n. 1. Struv. cum addition. Mülleri exercit. 41. th. 3.*

Dixi I. *Detentio*: qualis non tantùm illa intelligitur, quæ actualis est, quasi nullus diceretur possidere, nisi, qui actualiter rei insistit: verùm etiam illa detentio hic intelligitur, quæ est habitualis, ita. ut ille etiam possidere dicatur, qui actu rei non quidem insistit, ei tamen quandocunque voluerit, insistere possit, quo sensu etiam peregrè profectus, item, qui per alium possidere dicitur. *Struv. loc. cit.*

Objicies, in *l. 44. & 49. ff. de acq. vel amitt. poss.* Possessio expresſè juris esse dicitur, ergò malè definitur, quòd sit detentio. ℞. Verùm quidem esse, possessionem habere aliquid juris, verum hoc est merum accidentale, & ratione effectûs, detentione cohærentis, quod possessionis essentiam non ingreditur, sed est prorsus extrinsecum. Vel dic, quòd possessio eatenus juris esse dicatur, quatenus operatur certos effectus juris, de quibus in principio hujus *tituli* diximus. Quatenus verò pro actu detentionis sumitur, facti est. *Struv. & Clariss. D. P. Konig. loc. cit.* 61

Dixi II. *rei corporalis*, ut indicetur, quòd detur duplex possessio, *propria, seu vera; & impropria, seu quasi possessio.* Propria seu vera possessio est rerum corporalium, *l. 3. ff. de acq. vel amitt. poss.* Impropria, seu quasi possessio est rerum incorporalium, puta, beneficii, juris eligendi, decimandi, piscandi, servitutum, *cap. 3. X de causa poss. & propriet. l. 3. §. pen. ff. de vi, & vi armat. Zoes. loc. cit.*

Dixi III. *Cum affectione eandem sibi habendi*, ut excludatur nuda detentio rei alienæ, quæ vulgò *possessio asinina*, ab Italis verò *nuda tenuta*: in jure nostro autem quandoque *possessio naturalis impropriè vocatur*, *l. 5. §. 11. ff. commun. div. & l. 2. §. 1. ff. pro hæred.* & nihil aliud est, quàm nuda insistentia cum animo rem, vel custodiendi, vel conservandi, vel detentandi, vel eà utendi, fruendi. Detinet autem animo custodiendi depositarius rem

rem depositam, *l.* 1. *ff. depositi.* Animò conservandi, qui legatorum conservandorum causâ in possessionem missus est, *l.* 9. *ff. de R. V.* animò detentandi servus, *l.* 24. *l.* 49. §. 1. *ff. de acq. vel amitt. poss. l.* 38. §. 7. & 8. *ff. de V. O.* animò utendi commodatarius, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. §. *si duobus ff. commodati.* & usuarius, *l.* 2. *ff de usu & habit.* animò utendi fruendi conductor, *d. l.* 5. §. *si duobus*, usufructuarius, *l.* 1. *l*, 60. §. 1. *ff. de usufr.* ita, ut omnes isti non tam possidere, quàm in possessione esse, & nudam tenutam habere dicuntur, *l.* 10. §. 1. *ff. de acq. vel amitt. poss.* & ii; quorum nomine possident, possidere dicuntur, *l.* 18. *ff. d. t.* Unde suâ sponte fluit, quòd non istis detentoribus, sed illis, quorum nomine possident, interdicta competant, *l.* 1. §. 22. *ff. de vi & vi armat. l.* 3. §. 8. *uti possid.* excepto usufructuario, *per l.* 4. *ff. d. t. Clariss. D. P. König. loc. cit. Harp. Inst. hic.* Pulchrè *Struv. loc. cit. exercit.* 42. *th.* 7. *lit. y.* ibi: *Nota verò.*

62 Dices: usufructuarius naturaliter possidet, *l. naturaliter* 12. & *l.* 49. *ff. de acq. vel amitt. possess.* ergò falsum est, quòd nudam tantùm tenutam habeat. ℞. I. Quòd aliquando detentio, & naturalis possessio in jure confunduntur. ℞. II, Usufructuarium possidere quidem naturaliter, non tamen animo rem, seu corpus sibi habendi; sed usum rei; ita ut sensus sit iste: usufructuarius possidet naturaliter ipsum jus, & facultatem utendi, non verò ipsam rem in usumfructum concessam, hanc enim non sibi, sed domino possidet. *Brunnem. in d. l.* 12. *Struv. l. cit. th.* 7. *lit. y.* Hinc etiam paulò antè dixi, quòd usufructuario competat interdictum retinendæ possessionis, hoc est, si turbetur in usu rei, respectu cujus usus habet naturalem possessionem. Sanè si præfati detentores domino possessionem interverterint, hoc est, ipsum vel alium ab eo missum in possessionem non admiserint, tunc incipiunt naturaliter possidere, animo scilicet rem sibi habendi; & consequenter, si ab aliis dejecti fuerint, interdictum *unde vi* ipsis competit, *l.* 12. *l.* 18. *ff. quod vi aut clam. l.* 3. §. 18. *ff. de acq. vel amitt. poss. Harp. Inst. hic.*

Dividitur possessio in *naturalem & civilem.* Quæ divisio fundata est in *l.* 1. §. *dejicitur, ff. de vi arm. l.* 2. §. *quod vulgò ff. pro hæred. l.* 3. §. *fin. ff. ad exhib.* Naturalis possessio est, qua quis rem tenet animo quidem eandem sibi habendi, sed absque jure, & opinione domini, *l.* 13. §. 1. *ff. de Publ. in rem act.* Taliter possidet. I. Creditor pignus conventionale, *l.* 7. §. 12. *ff. commun. div. l.* 49. *ff. de pig. act. Zoes. ff. de acq. vel. amitt. poss. n.* 5. 63 64

Non obstat, *l.* 13. *ff. de usur. & usucap.* Quia ibi creditor dicitur pro alieno possidere, ratione usucapionis, quòd scilicèt pignus non possit usucapere, cùm naturalis possessio non prosit ad usucapionem, eò quòd sit absque titulo dominii, vel quasi. Et hinc civilis possessio est penes debitorem, qui pignus dedit, naturalis verò apud creditorem, *l.* 16. *ff. eod.* 65

II. Naturaliter tantùm possidet vasallus rem feudalem, *tit.* 23. & 26. *Feud.* 1. *tit.* 8. §. *fin. Feud.* 2.

III. Emphyteuta rem emphyteuticam, *l.* 15. §. 1. *ff. qui satisdare cog.* Quæ ipsa naturalis possessio etiam aliquid civilitatis continet, cùm respectu ipsius rei, quæ possidetur, naturalis sit, respectu verò juris illius, quod emphyteuta in rem emphyteuticam habet, civilis quoque possessio concurrat, ita,

ita, ut emphyteuta jus illud tam naturaliter, quàm civiliter possidere dicatur. Illo modo per actus naturales, quos exercet colendo fundum, colligendo fructus &c. Hoc modo retinendo possessionem istius juris in animo, si de fundo recedat, quæ tantæ efficaciæ est, ut ususfructus ab alio extraneo in absentia ejus occupatus, non possit ab eodem contra absentem præscribi, *l.* 23. §. 2. *ff. ex quib. caus. major.*

Neque propterea dici potest, quòd duo possideant eandem rem civiliter simul, & in solidum: nam emphyteuta ipsam rem civiliter non possidet, sed naturaliter: respectu verò juris in re, etiam civilis intervenit. Ita *Struv. loc. cit. th.* 17. *lit. y. Schneid. numer.* 43.

IV. Naturaliter possidet superficiarius superficiem, utpote, qui interdicto de superficiebus defenditur, *l.* 1. §. 1 & 2. *ff. de superficieb. Zoes. ibid.*

V. Naturaliter possidet sequester rem sequestratam, Quod ipsum tamen tunc demum procedit, quando partes expressè & nominatim sequestro possessionem cesserunt, *l.* 17. §. 1. *ff. deposit. l.* 39. *ff. de acq. vel amitt. poss.* secùs enim sequester est tantùm nudus detentor, *d. l.* 39.

IV. Naturaliter possidet, qui precario rogavit, ut sibi possidere liceat, *l.* 15. §. 4. *ff. de precario.* Dixi, *qui precariò rogavit. ut sibi possidere liceat.* Ille enim, qui precariò rogavit, ut sibi morari in fundo liceat, naturaliter non possidet, *l.* 6. §. 2. *ff. d. t.*

VII. Tandem naturaliter omnes illi possidere dicuntur, qui sibi & suo nomine possident, sive titulum & bonam fidem habeant, sive non habeant. Quò spectant fures, prædones, & similes injusti & malæ fidei possessores, l. 5. & *l.* 6. *ff. de acq. vel amitt. poss. clariss. D. P. Konig. loc. cit.* & *Struv.*

Possessio civilis est, quâ quis rem de- 65
tinet animo & opinione domini, hoc est, rem sibi, ut suam habendi, *l.* 6. §. 1. *ff. de acq. vel amitt. poss.* Taliter possident ipsi rerum domini, *l.* 1. §. 2. *ff. uti possid. l.* 2. *ff. pro suo.* Item bonæ fidei possessores, hoc est, qui ex justa causa rem acceperunt, non aliud scientes, quàm se esse dominos. In summa civiliter possidere dicuntur omnes, qui usucapiunt, *l.* 10 §. *fin. ff. de acq. vel amitt. poss. Zoes. ff. ibid. numer.* 4.

Quomodo acquiratur possessio? Circa 67
hanc quæstionem duo occurrunt examinando, puta, per quas personas acquiratur possessio, & quibus modis. Primum quod attinet, remissus esto *ad lib.* 2. *tit.* 9. Ad secundum statuenda est regula universalis: ad acquirendam possessionem requiritur *corpus & animus simul*, ita. ut neque solo animo, neque solo corpore possessio acquiri possit, *l.* 3. §. 1. & 3. *l.* 8. *ff. de acq. vel amitt. poss. l.* 4. *Cod. eod.* Brunnem. *ibid.* & *communiter omnes.* Corpus hic significat actum corporeum, ad animum accidentem, & sic nihil aliud, quam corporalem rei apprehensionem, *d. l.* 3. §. 3. Animus verò nihil aliud denotat, quàm voluntatem, & affectionem possidendi, *l.* 1. §. 3. *ff. d. t. l.* 2. §. 12. *ff. pro emptore.* Cor- 68
pus itaque & animus simul requiritur ad acquirendam possessionem. *Corpus* quidem ideò; quia possessio, prout est in fieri, plurimum facti habet, & ideò factum hominis; sive apprehensio necessaria est: ratio alia; quia non omnia, quæ spe & animo devoramus, continuò possidemus; quid enim obsecro, fieret, si liceret veram possessionem inde asserere, quòd animo quis con-

concepiſſet, rem tenere? quis contineret hanc concupiſcentiam intra limiter neceſſarii uſus? quis non diceret? ego concepi animo, talem rem habere? quando ſatiaretur hominum inſatiabilis avaritia? *Animus* requiritur ideò, quia debet accedere intentio, voluntas, & affectio rem aliquam poſſidendi, *l.* 41. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* actibus enim in cunctis ſola dominatur voluntas. Dicta procedunt tam de naturali, quàm de civili poſſeſſione, ita, ut neutra ſine corpore, & animo ſimul acquiratur, *d. l.* 4. *Cod. h. t.* Unde ſponte propriâ ſequitur, quòd licet corpore ingrediar fundum, etiam vacantem, ſine animo occupandi, ſeu acquirendi poſſeſſionem, non tamen acquiram ejus poſſeſſionem, etiam naturalem tantùm, ex ratione; quoniam deeſt animus, & intentio, quæ cum corpore concurrat, neceſſe eſt. Sic pariter, tametſi habeam animum poſſidendum fundum, etiam vacantem: ſinè actu tamen corporali etiam ſolam civilem poſſeſſionem non acquiro; quia, uti dictum, deſideratur corpus. *Schneid. n.* 66.

69 Objicies I. Ex dictis ſequitur, quòd ſola civilis poſſeſſio; ſinè naturali nunquam poſſit acquiri, prout ſtatuit *l.* 3. §. *Meratius* 3. *ff. de acq. vel amitt. poſſeſſ.* his verbis: *ſolo animo non poſſe nos acquirere, ſi non antecedat naturalis poſſeſſio*: ſed poſſeſſio civilis poteſt acquiri ſine naturali; ergò prædicta non ſubſiſtunt. *Minor probatur*: proprietarius, & dominus feudi directus, qui civiliter tantùm poſſident, utique poſſunt in alium ſolam civilem poſſeſſionem transferre, *l.* 17. §. *proprietarius, ff. de uſufr.* Item Judex poteſt aliquem mittere in ſolam civilem poſſeſſionem; remanente naturali apud alium, *l.* 5. *Cod. ubi in rem act. exerc.*

ergo poteſt ſolo civilis Poſſeſſio abſque naturali acquiri. Ut *Nodus* iſte, qui non eſt gordius, ſolvatur dicendum eſt, iſta duo: naturalem poſſeſſionem & actum aliquem corporalem diverſa eſſe; poteſt enim actus corporalis, v. g. traditio, viſus &c. intervenire, abſque eo, quòd detur naturalis poſſeſſio, ac proinde, dum aſſerimus ad acquirendam poſſeſſionem deſiderari animum & corpus ſimul, non intelligimus per corpus, naturalem poſſeſſionem, ſed actum aliquem corporalem, v. g. viſum, conſtitutum, traditionem clavium, vel inſtrumenti &c. unde patet ſolutio *ad cit. l.* 3. §. *Neratius* 3. *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ubi ſecundùm Gloſſam naturalis poſſeſſio pro actu aliquo corporali accipienda eſt, *Schneid. loc. cit.*

Objicies II. Poſſeſſio civilis poteſt acquiri ſinè animo, *arg. l. & ſi nolit.* 7 *ff. de acq. vel amitt. poſſ.* ergò adhuc prædicta non ſubſiſtunt. Caſus *d. l. & ſi nolit.* 7. talis eſt. Titius ingreſſus eſt fundum abſentis, & ſic acquiſivit poſſeſſionem naturalem. Abſens domum reverſus ex timore, ne repelleretur, poſſeſſionem fundi non intravit. Hoc in caſu textus ait, quòd perdat civilem poſſeſſionem, quæ ita unitur cum naturali, ut naturalis trahat ad ſe civilem vacantem, etiam poſſeſſore ignorante; ita, ut is, qui prius habuit poſſeſſionem tantùm naturalem, ignorans hoc eſt, *ſine animo*, acquirat civilem. ℞. Ex *Schneid. loc. cit. n.* 97. quòd in caſu legis ingrediens à principio habuerit animum omnem poſſeſſionem acquirendi, ſed quia civilem non reperit vacantem, & quia duo in ſolidum ejusdem ſpeciei poſſeſſionis poſſeſſores eſſe non poſſunt, ideò acquiſivit ſolummodo naturalem, quam cum obtinuerit, eo ipſo etiam vi-

videtur affectasse civilem. Hinc cùm animùm mutasse non constet, creditur adhuc in priori voluntate acquirendi etiam possessionem civilem perdurasse, eò, quòd mutatio animi non præsumatur, *l. 3. ff. de probat. Schneid. num.* 79.

Objicies III. In multis textibus asseritur possessionem civilem etiam solo animo acquiri; ergò adhuc falsum est, ad acquirendam possessionem opus esse corpore, & animo, *Ant. patet ex l.* I. §. *si jusserim* 21. *ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi dicitur, quòd solo aspectu res acquiratur, licet apprehensio non interveniat. Item in *l.* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. eod.* ubi dicitur; quòd possessio acquiratur. exindè quòd quis rem in sua domo jusserit deponi: Item per solam demonstrationem; licèt actualis, sive corporea apprehensio non intervenerit, ergò possessio civilis acquiritur solo animo. Priusquàm hoc dubium resolvam notandum est duplicem dari apprehensionem, unam *veram*, alteram *fictam*. Vera est quando res accipitur manibus, si sit corporea mobilis; aut intratur pedibus, si sit immobilis.

71 Et ista vera apprehensio necessaria est. Primò ad acquirendam possessionem rerum illarum, quæ domino carent, ut sunt *feræ*, *gemmæ*, & *lapilli* in *littore maris*, *thesauri* &c. Hæc enim & id genus res non acquiruntur per solam visionem, sed per corpoream apprehensionem seu occupationem, prout, *lib.* 2. *tit.* 2. diximus *Clariss. P. Konig*, *ad Decretal. de caus. possessionis n.* 25.

II. Vera apprehensio requiritur in iis rebus, quas quis clam, aut vi possidere vult, v. g. depositarius depositum, quia rem apprehendere & loco movere debet, *l.* 3. §. *si rem ff. de acq. vel amitt. poss.* estque ratio; quoniam furtum sine contrectatione fieri non potest.

III. Hæc apprehensio desideratur ad acquirenda bona defuncti, quæ domino carent, à quò tradantur, *l.* 23. *ff. de acq. vel amitt. poss. cum hæredes instituti sumus, aditâ hæreditate omnia quidem Jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.*

Nec contrariatur, *l. cùm miles* 30. *ff. ex quib. caus. major.* ubi decernitur, possessionem defuncti, quasi junctam descendere ad hæredem: Nam ibi possessio pro usucapione sumitur, ut lex ipsa declarat, dum subjicit possessionem etiam non aditâ hæreditate compleri & perfici, id est, usucapio, quæ inchoata est à defuncto, committatur, & transmittitur ipso Jure in hæredem sinè ejus apprehensione.

Illud *notandum*: ad veram apprehensionem totius non semper opus esse, ut quis omnes ejus partes, puta omnes angulos domus aut agri circumambulet, sed satis esse intrare partem cum animo possidenti totum, *l.* 3. §. I. *h. t.* Unde si quis comitatum, ducatum, castrum cum territorio, vel pertinentiis emerit, non est necesse, in quemlibet fundum castri, vel in quemlibet locum comitatus intrare, sed sufficit possessionem continentis apprehendere, qui enim possidet continens, censetur omne contentum possidere, *Schneid. num.* 130.

Apprehensio ficta est, quando intervenit alius actus, qui ex interpretatione Juris vim corporeæ apprehensionis habet.

Quo supposito ℟. ad tertiam objectionem, quòd in allegatis, & pluribus aliis ejusdem farinæ textibus

intelligi non potest, facto enim debet voluntas intelligi, *l.* 5. *Cod. de pact.* & *subst.* & interna per mores cognoscimus exteriores. Secundi ratio; quia in Juribus incorporalibus scientia, & patientia adversarii, locò traditionis habetur, *l.* 20. *ff. de servit.* Ista autem scientia, & patientia dupliciter probatur, *verè* & *præsumptive.* Verè quando hoc denunciat adversario, puta quòd *velit ire*, *agere*, *vehere* &c. præsumptive, quando sæpè ivit, egit per fundum alterius, tunc enim dominus id scire præsumitur: ita tamen, ut in præsumptiva probatione prudens Judicis arbitrium plurimum facere debeat. *Schneid. n.* 138.

74 Q. Quot actus requirantur ad consequendam quasi possessionem Jurium incorporalium? ℞. Interesse, num sint tales actus, qui de facili ratione amicitiæ, vel familiaritatis non solent concedi, veluti *aquam ducere. tignum immittere, exercere Jurisdictionem:* Et tunc per unicum actum inducitur quasi possessio, *l.* 1. §. 4. & §. 22. *ff. de aqua quotid.* & *æstiva.* Ratio: quia Jure suo, & cum patientia domini ea facere censetur. Num verò sint tales actus, qui solent concedi ex amicitia & gratia, sed raiò & non ita frequenter, ut ire per fundum alterius, pomum decerpere, aucupium exercere, &c. & tunc ad acquisitionem possessionis plures actus requiruntur, ex quibus verisimiliter constare possit, utentem non ratione amicitiæ sed jure suo illos actus exercuisse, *l.* 1. *§. hoc interdicto ff. de itinere, actusque privato. Schneid. n.* 127. Num verò sint tales actus, qui frequenter, & communiter, alicui ex amicitia & benevolentia concedi solent, & tunc plures etiam non sufficiunt ad acquirendam quasi possessionem. Sic licet quis centies in Monasterio, ut hospes recipe-retur, non tamen perinde consequitur, quod Jus visitandi acquirat; nisi animo id acquirendi fecerit, ita more suo solidè *Clariss. D. P. Konig. loc. cit. n.* 41. Quasi possessio servitutis negativæ acquiritur per unicum actum, videlicet, prohibitionem unius, & acquiescentiam alterius, v. g. ego teneo meam domum altam. Tu verò vicinus meus tenes eam depressam: vis tamen eam altiùs elevare; si per me prohibitio interveniat, cui tu acquiescas: acquiro quasi possessionem servitutis altiùs non tollendi: ita, ut deinde accedente legitimo tempore ad præscriptionem requisito, illud jus præscribam. Ante actum verò prohibitionis non constitutor, in quasi possessione; quoniam non constat de animo possessionem acquire volentis. Unde si domus tua per centum annos fuisset depressa vel collapsa, nunquam præscriberem illud jus altiùs non tollendi; quia nulla currit sinè possessione præscriptio, possessio autem sinè præscriptione non acquiritur; ergò, *l.* 11. *ff. de serv. urb. præd. Schneid. n.* 129.

Quomodo retineatur possessio? Possessio semel acquisita retinetur, non tantùm animo, & corpore simul, *l.* 3. *Cod. de acq. vel amitt. poss.* Verùm etiam animo tantùm, *l.* 1. §. 25. *ff. de vi*, & *vi armat. l. peregre* 44. §. *ult. ff. de acq. vel amitti poss.* ubi apertè deciditur, quòd ad nundinas proficiscens, nemine domi relicto retineat possessionem. Dummodo illinc proficatur animo revertendi, & non deferendi possessionem, ratio est, ne more annosæ Baucidis ad fornacem excubare possessionis nostræ conservandæ causâ debeamus, neve rebus nostris, ut spongia saxis adhærescere debeamus. Unde patet, quòd facilior 75

sit retentio; quàm possessionis acquisitio, utpote cum ad illam solus animus sufficiat, *l.* 4 *Cod. eod. tit.* Acquisitio verò omnis regulariter corpus, & animum desideret. *Zoes. n.* 19. *loc. cit. Schneid. n.* 156. *Struv. loc. cit. th.* 19. ex dictis sua sponte fluit, quód si aliquis ob bellicam calamitatem, aut motus hostiles à prædio recesserit, culturamque distulerit, & tertius interim illud occupaverit, possessionem tamen civilem non amittat, sed retineat. *Brunnem in d. l.* 4. *Cod. d. t.*

76 *Quibus modis possessio amittatur?* Utilitas hujus quæstionis principaliter consistit in eo, quòd possessione amissâ, seu interrupta enim præscriptio naturaliter interrumpatur, *l.* 5. *ff. de usucap.* Item omnes effectus possessionis, quos suprà enumeravimus, cessant utpote cessante causa *cap.* 60. ✕ *de apell.* Quemadmodum vero ad acquirendam possessionem opus est corpore, & animo: ita etiam ad amittendam opus est corpore, & animo, ita, ut neque solo corpore amittatur, per quas enim causas res nascitur, per easdem quoque dissolvitur, *arg. lib.* 153. *ff. de R. J.*

Non obstat, *l.* 3. §. 6. *ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi apertè scribitur, etiam solo animo amitti possessionem. Enim vero, ut plures alias solutiones si eam, respondeo, interesse, an qui à corpore incipiat desinere possidere, fortè quia exivi de fundo; & sic non statim amitto possessionem fundi, nisi & ejus amittendæ animum haberem: an verò qui incipiat animo desinere possidere; fortè, quia dicit: se nolle ampliùs possidere: & hoc in casu licèt quis adhuc existat corpore in fundo, si tamen ab animo ita comparatus sit, ut constituat: se nolle ampliùs possidere, dubium non est, quin amittatur possessio, *d. l.* 3. §. 6.

Itaque I. Amittatur possessio corpore & animo simul, *l.* 8. *ff. de acq. vel amitt. possess.* tunc videlicet, quando quis è fundo exiit, & ab animo se declaravit, quod possidere nolit. *Brunnem. in d. l.* 8. II. Amittitur possessio animo tantùm, *d. l.* 3. §. 6. quando videlicet in fundo corporaliter existens dicit; se nolle possidere. *Bachov. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 21. *th. fin. lit. G. & Hunn. ad Treut. ibid. Fach. l.* 8. *can.* 21. *Schneid. num.* 165. III. Amittitur possessio tam naturalis, quàm civilis inundatione matis, vel fluminis, *l.* 23. *ff. de acq. vel amitt. poss.* & equidem de naturali dubium nullum est, cùm ubi rei non potest naturaliter insisti, perditur possessio, *l.* 5. *ff. d. t.* civilis ex eo amittatur; quia per inundationem interrumpitur præscriptio, *Gloss. in l.* 3. §. *labeo. ff. cit. tit.* ergò etiam possessio; quia stante civili possessione curriæ præscriptio. Dicta procedunt I. Si sit tanta inundatio, ut fundibus calcari non possit. III. Si totus fundus, & non tantùm pars ejus sit inundatus; usu enim partis retinetur jus totius, *l.* 3. *ff. eod.* III. Si innudatio duret aliquo temporis spatio, tempus enim modicum, puta, unius, aut alterius diei non faceret amitti possessionem *Schneid. n.* 167. *Zoes. loc. cit. n.* 25. recedente aquâ possessionem restitui, docet, *l. si ager. ff. quib. mod. usufr. amitt.* IV. Amittitur possessio per violentam dejectionem, aut expulsionem à fundo proprio *l.* 5. *ff. de usucap, Schneid. n.* 174.

Non obstat, *l.* 17. *ff. d. t.* ubi dicitur, quod, si quis vi de possessione dejectus fuerit, perinde habeatur, ac si possideret, cùm interdictum, unde vi ad recuperandam possessionem ha-

habeat. Respondetur enim, verum quidem esse, quod vi de possessione dejectus, quod rem, damna, & fructus perinde habeantur, ac si possideret, eùm per interdictum *unde vi* omnia recuperet, secùs autem se habet, quoad ipsam possessionem, & interrumpendam præscriptionem. Ubi observa, & vehementer nota, quòd tunc demum civilis possessio per violentam dejectionem amittatur, quando per vim dejectus non se præparat ad recuperandam possessionem. Secùs, si ad recuperandam possessionem præparet: hoc enim casu possessionem civilem non amittit, adeóque præscriptio non interrumpitur, cùm non desinat, civiliter possidere, *arg. l. 7. ff. de acq. vel amitt. poss.* ubi dicitur, si nolit in fundum reverti, amisisse possessionem videbitur, ergò si velit in possessionem reverti, non videbitur amisisse possessionem. *Schneid. loc. cit. n.* 154. *& n.* 174.

V. Amittitur possessio, si quis rem sciat ab alio occupatam, & negligat, aut regressus ad recuperandum repulsus sit, aut timens repulsam non sit aggressus, *l.* 3. §. 8. *l.* 6. §. 1. *ff. d. t.* Clariss. D. P. Konig, *loc. cit. n. 69.* plures modos amittendæ possessionis vide apud *Schneid. loc. cit.*

§. Recuperandæ. 6.

Dictum est interdicta alia esse adipiscendæ, alia retinendæ, alia recuperandæ possessionis. Priora duo rimati sumus, sequitur de tertio, puta, interdicto unde vi quo petimus nobis restitui possessionem; quam amisimus, & de qua vi dejecti simus, de quo interdicto extat totus titulus *in ff. de vi, & vi armatâ, & Cod. unde vi.*

77 *Casus*: Possideo fundum aliquem, ex quo per multos annos fructus percepi; & sine ulla turbatione ejus culturam exercui. Titius vanâ opinione, se ejusdem fundi esse proprietarium, ductus, petit à me, ut ei vacuum fundi possessionem tradam. Ego id recuso. Titius me atroci vi, aut armata manu de possessione fundi dejicit. Quæritur, quomodo mihi contra Titium consultum sit? ℞. Quòd habeam interdictum, unde vi, quo peto mihi restitui possessionem cum omni interesse & fructibus.

Quid sit interdictum, unde vi? Est interdictum recuperandæ possessionis, competens ei, qui vi atroci de possessione rerum immobilium dejectus est, ejusque hæredi, contra eum, qui vi, sive per se sive per alium dejecit, ejusque hæredes universales, ad recuperandam, quantocius possessionem cum omni interesse, & fructibus intra annum, post annum verò ad id, quod ad spoliantem pervenit.

Quibus competat? Dixi I. *Competens ei, qui vi atroci*, id est expulsiva, & absoluta de possessione dejectus est; nam dejecto per vim compulsivam, probabilius non competit *per text apert. l. 5. ff. de vi, & vi armat.* his verbis: *Si rerum tibi possessionem tradidero dicit Pomponius interdictum unde vi cessare, quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.* Facit etiam ratio; quòd; qui compulsus possessionem tradit intelligatur sua voluntate dejectus, quoniam coacta voluntas etiam voluntas est, *Zoes. ff. de vi, & vi armata*, taliter proinde dejectus habet interdictum, quòd metus causa, *Jason in l. 4. Cod. unde vi.* 78

Dixi II. *de possessione* generaliter: quia interdictum, unde vi datur ei, qui dejectionis tempore possidebat.

sir

sive *naturaliter & civiliter simul*, sive *naturaliter tantùm*, *l.* 1. §. *dejicitur ff. d. t.* sive etiam civiliter tantùm, v. g. si in mea absentia Titius occupaverit fundum, & me revertentem noluerit admittere, *d. l.* 1. §. *dejicitur*, & §. *sive autem corpore* 24. *ff. de vi & vi ar. Schneid. n.* 21. Sive deinde per se, sive per alium veluti procuratorem, factorem, Colonum possederit, *l.* 1. §. *quod servus* 22. *ff. eod.* Sive dejectus juste, sive injustè possederit: quoniam spoliatus ante omnia restituendus est, *cap.* 5. ✠ *de rest. spoliat.* unde advertis, hoc interdictum etiam prædoni, qui alium possessione dejecit, & iterum de illa dejectus est, competere, *l.* 1. §. 30. *d. t.* Et hoc speciale est propter odium violentiæ. Procedit tamen tunc demum quando prædo ex intervallo dejectus fuit, secùs si in continenti à spoliato dejectus fuerit; quia vim vi repellere licet, *l.* 1. §. 27. *eod.* ita ut dejiciens prædonem in continenti non incidat in pœnam. *l.* 7. *Cod. unde vi.* defensionem enim corporis, & rerum omnia Jura, & omnis ratio permittit, & quod lege permittente fit, pœnam non meretur, *l.* 4. *Cod. ad leg. Jul. de adult. Schneid. n.* 23. *Zoes. ff. de vi, & vi armat. numer.* 3.

80 Quando autem incontinenti fieri dicatur in universum determinari non potest, adeòque discreti Judicis arbitrio relinquendum. Putat tamen *Schneid. numer.* 26. incontinenti hac in materia illud etiam fieri dici, quod intra aliquot dies, aut menses, imò annos contingit. Si enim aliquis privatus dejiciatur de possessione, ad recuperandam possessionem modico apparatu opus est. Si verò nobilis vel comes de castro expellatur requiritur major apparatus, qui fortè intra aliquot dies fieri non potest. Si denique Princeps de Imperio expellatur, multò sane indiget tempore, ut cohortem colligat, & spoliatorem iterum ex possessione dejiciat.

Dubitatur An prædoni interdictum, 81 *unde vi* competat, si à Domino fuerit de possessione dejectus? Ratio dubitandi desumitur ex *l. dolo facit ff. de exceptione doli*, ubi regula traditur, quòd dolo quis petat illud, quod mox ad restituturus. Verùm hoc non obstante Prædoni datur interdictum *unde vi* contra ipsum dominum spoliantem, *l. ordinarii. Cod. de rei vind.* & *l.* 8. *Cod. unde vi.* Ratio est in odio violentiæ posita, & quia spoliatus ante omnia est restituendus. *Schneid. n.* 23. *Harp. n.* 6. *Fach. lib.* 8. *cap.* 18. *Gail.* 2. *obs.* 75. *Schneid. n.* 33. Dissent. *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp* 28. *q.* 56. Ex dictis itaque habes hoc interdictum, *unde vi* non admittere aliquam exceptionem, quæcunque illa sit, sed spoliatum ante omnia esse restituendum, & nunc demum de jure alterius cognosci, ita *d. d. auth.*

Dixi III. *Rerum immobilium.* Patet hoc ex nostro paragrapho: qui ait: *si quis ex possessione fundi, vel ædium &c.* Itaque directum hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, *l.* 3. §. 15. *ff. d. t.* Ratio; quia pro his datur actio vi bonorum raptorum, *Manz. n.* 5. dixi *directum*, utile enim pro recuperanda possessione rerum mobilium, vel quasi possessione rerum incorporalium dari ferè omnes admittunt. *Zoes. n.* 3. *Schneid. n.* 30. ubi ait etiam res mobiles in consequentiam venire in hoc interdicto, v. g. si quis dicat, se ex possessione ædium, vel castri dejectum esse & intentet interdictum, *unde vi*; Hoc in casu etiam simul peti possunt res mobiles in ædibus vel castro existentes.

Dixi

Dixi IV. *Ejusque hæredi* Intellige hoc procedere, si defunctus dejectus sit, ut hæres possit ex persona defuncti agere, *l.* 1. §. 44. *ff. de vi, & vi armat.* tametsi enim hoc interdictum pœnale sit respectu ejus, contra quem redditur, ex parte tamen dejecti, rei persecutionem continet; actiones autem rei persecutorias transire ad hæredes, patet ex *tit. de act.*

82 *Contra quem competat?* Dixi V. *Contra eum, qui vi, sive per se sive per alium dejecit:* ita docet, *l.* 1. §. 12. *ff. de vi, & vi armat.* Imò contra illum datur, qui dejectionem ratihabuit; quoniam in delictis ratihabitio mandato æquiparetur, *l.* 1. §. 14. *eod. Perez. Inst. hic.* Dixi VI. *Ejusque hæredes.* In id videlicet, quantum ad eos pervenit, *d. l.* 1. §. *ult.* vel dolo malo eorum factum est, quo minus perveniret, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 9. *ff. de vi, & vi armat.* tametsi enim vulgata sit regula Juris, quod ex delicto defuncti hæres conveniatur, *l. un. Cod. ex delict. defunct.* Illa tamen regula limitatur; nisi hæredes ex delicto defuncti aliquid subintrat videlicet turpia lucra etiam ab hæredibus extorquenda esse, *l.* 1. §. *ult. l.* 38. *ff. de R. J. Harp. n.* 21. Dixi VII. *Universales.* Quoniam communiter obtinet, interdictum, *unde vi*, contra successores singulares, sive bonæ, sive malæ fidei non dari. Ratio, quia personales actiones non transeunt in tertium, nec rem sequuntur, sed personam, *l.* 1. §. *si hæres. ff. ad SCt. Trebell.* Jam verò interdictum, *unde vi* personale est, *l.* 1. §. *pen. ff. de interd.* Facit etiam, *l. cùm à te* 7. *ff. de vi, & vi armat, cùm à te vi dejectus sum, si Titius eandem rem possidere cæperit: non possum cum alio, quam tecum hoc interdicto experiri*; ergo contra singularem possessorem hoc interdictum non datur.

Non obstat I. *Cap. sæpe* 18 *de restit. spoliat.* Ubi spoliatus possessione non tantùm contra spoliantem agit: sed etiam ab eo, qui scienter à spoliatore rem recipit restitutionem petit cùm illo spoliatori, quasi in vitium succedat. Non respondetur verum esse, de Jure Canonico interdictum, *unde vi* contra successorem malæ fidei competere, secus autem de Jure Civili.

Stamus autem hoc in passu Juri Canonico, utpote corrigenti, & emendanti Jus Civile. Ratio est, tum regula illa decantata, quæ docet, quòd si in Jure Canonico aliquid clarè, in Jure verò civili subobscurè decisum sit, debeamus stare Juri claro, *cap.* 1. *de nov. operis nunt.* tum quia versamur quasi in materia peccati; is enim æquè reatum conscientiæ incurrit qui sciens rem aliquam injuste detinet, quàm qui illam violenter invadit. *d. cap. sæpe* 18. *Harp. n.* 24. *Zoes. ff. de vi & vi armat. n.* 11. Et hoc procedit de possessore malæ fidei, ut contra hunc interdictum *unde vi* detur. Secùs est de possessore, sive successore singulari bonæ fidei, eò quòd *d. cap.* 15. loquatur de eo successore particulari, qui scienter rem alienam detinet & in vitium auctoris succedit. *Zoes. loc. cit. num.* 22. *Hertogh. h. t. n.* 23. *Gail.* tamen *lib.* 2. *obs.* 75. *n.* 10. foro receptam sententiam dicit, quæ docet, interdictum, *de vi*, de Jure Canonico etiam contra successorem singularem bonæ fidei accommodari. 83

Dixi VIII. *ad recuperandam quantocyùs possessionem*: spoliatus enim ante omnia restituendus, *l.* 7. *Cod. ad leg. Jul. de vi*, ita ut suprà diximus ut nulla exceptione, sive dominii sive reconventionis, dicendo, quòd me quoque dejecerit, interdictum *unde vi* re- 84

retardari possit; quoniam spoliatus antè omnia restituendus. *Schneid. n.* 32. Quod tamen fallit de jure Canonicò *cap. fin.* ✠ *de ord. cogn.* ubi reus objiciens spolii sive reconventionis exceptionem, auditur, Dicitur autem exceptio per modum reconventionis opponi, in simili casu, v. g. Titius dejecit me, ego oppono, quòd me priùs dejecerit. *Schamb. hic. Zoes. ad decret. de restit. spoliat. n.* 11.

Dixi IX. *Cum interesse, & fructibus l.* 1. §. 32. & 41. *ff. de vi, & vi armat.* ne injuria fiat dejecto, & ne ex suo maleficio dejicienti aliquid accrescat. *Perez. Inst. hic. Harp. n.* 37. Habetur autem ratio fructuum ex eo tempore, quo quis dejectus est, & in hoc differt interdictum *unde vi* ab aliis interdictis, in quibus fructus demum die redditi interdicti computantur; *l.* 1. §. 40. *ff. d. t. Harp. loc. cit.* Quod procedit intra annum, qui utilis est *l.* 1. *ff. eod.* post annum verò utilem, ad ea, quæ pervenerunt, tantùm tenetur, *d. l. in fine.*

85 *Quæ requirantur ad interdictum; unde vi?* Ex dictis facilè est colligere requisita hujus interdicti. I. Enim requiritur, ut ex parte dejecti probetur possessio, & ex parte rei conventi dejectio, *l.* 1. §. *interdictum autem hoc. ff. de vi, & vi armat. Gail. l.* 2. *obs.* 75. *n.* 17. II. Ut vi expulsiva quis dejectus sit. Unde patet contra eum, qui clam est ingressus possessionem, nulla vi adhibita non dari, quia talis vim fecisse dici non potest. *Harp. n.* 14. Tertio, ut si res immobilis, secùs enim utile hoc interdictum datur.

86 Porrò sciendum, præter interdictum, *unde vi*, alia dari remedia pro recuperanda possessione, tam de Jure Civili, quàm Canonico. Primum, & quidem de Jure Civili est ex *l. si quis in tentum* 7. *Cod. unde vi*, ubi, qui occupat, vel rapiet, aut invadit rem propriam, privatur ejus dominio: si alienam sibi debitam, perdit jus suum: si prorsus alienam, duplum cogitur restituere. *Harp. n.* 39. *Manz. n* 8. Secundum est ex lege Julia de vi publica vel vi privata, Ex lege Julia de vi publica tenetur, qui vim armis commisit, estque pœna confiscatio tertiæ partis bonorum, *Schneid. n.* 8. Quæ tamen pœnæ usu non observantur. De Jure Canonico datur remedium ex *cap redintegrandæ caus.* 3. *q.* 1. quod omnium plenissimum, & tutissimum, est, teste *Gail.* 2. *obs.* 57. *n.* 10.

Differt ab interdicto *unde vi*. I. Quòd interdictum *unde vi* non debetur contra tertium possessorem, benè verò remedium *ex d. c. redintegrandæ*. II. Interdictum, unde vi non datur pro re mobili saltem directum: benè verò *d. remed. Hertog. h. t. n. ult.* 87

§. Tertia 7.

Tertia divisio interdictorum hæc est, quòd alia sint *simplicia*, alia *duplicia*. Simplicia sunt, in quibus distinctæ sunt Personæ Actoris & Rei, adeòque constat, quis possideat, vel non possideat. Duplicia, in quibus par utriusque litigatoris est conditio, nec constat, quis possideat vel non: & proinde uniusquisque partes tam Actoris, quàm Rei sustinet. 88

§. De Ordine Ult.

Quis ordo vetus fuerit interdictorum, supervacuum est hodie dicere nam veteres ambages ruptæ sunt solemnitates, & formulæ abolitæ. Quid autem mores Regionum hac in materia induxerint, praxis, optima rerum omnium Magistra docebit.

TITU-

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

SUMMARIA.

1 *Quæ pæna maneat temerè litigantes?*
2 *Prima est jusjurandum calumniæ.*
3 *Quòd & actor & reus præstare debet.*
4 *Quid si nolit præstare?*
5 *An juramentum calumniæ requisita sunt.*
6 *Secunda pæna est pæna pecuniaria.*
7 *Tertia est pæna infamiæ.*

AD PRINCIPIUM.

1 HActenus de partibus utriusque litigatoris diximus: cùm autem Reipublicæ intersit, lites minui ac discordias inter cives tolli: idcirco, ne temerè & facilè quis ad litigandum procedat, ideò pro corolario de pœna temerè litigantium titulus subjicitur. Est autem isthæc pœna triplex, puta, *Juramentum calumniæ pæna pecuniaria. & infamia*, de quibus sigillatim dicendum.

§. ECCE ENIM. I.

2 Pœna, propter quam litigatores à temerè litigando, deterreri possunt, est *juramentum calumniæ*. Calumnia hic accipitur pro calumniosa alicujus in Judicio vexatione, *l.* 233. *ff. de V. S.* quæ ut evitetur, defertur litigare volentibus Juramentum calumniæ, ad hoc ut actor juret, quòd credat se justam litigandi, reus justam se defendendi causam habere, idque præstent tactis etiam sacris. Evangeliis. Dicitur, *quod credat*: hoc enim Juramentum, non veritatis, sed credulitatis tantùm est, hinc licet à parte rei justam causam non habeat, modò tamen se habere credat, perjurus non est. *Schamb. hic.* potest hoc juramentum ante & post litem contestatam deferri, prout Judici visum fuerit, *cap.* I. *de Juram. calumn. in* 7. *Schneid. n.* 9.

Debet autem hoc juramentum præstare tam actor, quam Reus, tametsi sit persona Ecclesiastica, quod tamen procedit, si personaliter suam propriam causam agere velis. *cap.* ✠ *fin. de Juram. calum*, quod si autem per procuratorem quis, sive Laicus, sive Clericus litigare malit, etiam per eum, habentem ad hoc speciale mandatum id præstari potest, in animam ipsius principalis, *cap. fin.* & *cap.* 3. *d. t.* nisi tamen Judici visum fuerit, ut ipsæ principales personæ illud præstent, *d. cap.* 3. Tenentur & advocati præstare hoc Juramentum, quòd videlicet sedulò clientibus suis servire, nullam injustam causam suscipere, nec lites fraudulenter protrahere velint. *Manz. n.* 8. In his terris advocati initio sui muneris, non in singulas causas jurant. *Konig. ad decretal. h. t. n.* 8. *Schamb. hic.* 3

Quid si nolint partes litigantes hoc juramentum præstare? Si Actor recusat, & ab instituta actione cadit Reus verò recusans pro confesso habetur. *Novell.* 124. *cap.* I. *auth. principales hod. de Juram. calum. Manz, n* 7. 4

Consistit porro hoc Juramentum in 5. capitibus I. quod credant se litem movendi, aut contradicendi justam 5

causam habere, *l. 2. §. 1. ff. de Jurejur. propt. calum.* II. Quòd à Judice interrogati veritatem celare nolint. III. Quòd neque per se, neque per alium, quid dederint, aut daturi sint, promiserint, aut promissuri sint; ut pro se fereatur sententia *Auth. principales. Cod. d. t.* IV. Quòd scienter uti nolint falsis testibus, instrumentis, allegationibus, aut alia falsa probationis specie. V. Quòd nullam in tota lite superfluam probationem velint exigere nec dilationem litis procrastinandæ causa petere, & *l. 1. & auth. in isto eod. Cod. Konig. loc. cit. n. 21.* Quæ 5. capita vulgaribus hisce rythmis comprehensa sunt.

Illud juretur, quod lis sibi justa videtur.
Et si quæretur, verum non inficietur.
Nil promittetur: nec falsa probatio detur.
Utilis tradetur, dilatio nulla petetur.

AD ℣. AT ADVERSUS.

6 Pœna, est *pœna pecuniaria*, qua temerarii litigatores sunt mulctandi, ubi olim quidem actor, si temerè litigasset, in decimam litis partem condemnabatur, quod ipsum in desuetudinem abiit, ut loquitur *text. hic.* Hodiè improbus litigator damnum, & impensas litis refundat, necesse est, nisi justam litigandi causam habuerit, quod prudentis Judicis arbitrio decidendum relinquitur. *Manz. num.* 18.

§. EX QUIBUSDAM 2.

Tertia est *pœna infamiæ*. Quæritur autem hic, quando temerè litigantes notentur infamia? & ℞ quòd damnati Judicio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum dòli mali &c. Ratio: quia in hisce Judiciis de dolo quæritur, doli autem actio, & condemnatio famosa est, *l. 1. §. 4. ff. de dol.* non item condictio furtiva, cum urgeat tantùm rei restitutionem. Similiter damnati directis, non contrariis actionibus tutelæ; mandati, depositi, quia in directis de fide rupta agitur, in contrariis non agitur de perfidia, sed de calculo & interesse actoris, quod ei ratione contractus competiturum est. *Harp. n. 6.*

AD ℣. SED FURTI QUIDEM.

Plurimum interest inter famosa judicia: num illa descendant ex contractu, num verò ex delicto: sin ex contractu, vel quasi: impunè pacisci & transigere licet, *l. 7. ff. de his, qui notant. infam.* Sin ex delicto, v. g. *in actione furti, vi bonorum raptorum &c.* transigere & pacisci non licet, ita, ut is, qui pecuniam dedit, ne secum ex istis causis agatur, infamia notetur. *Manz. num.* 11.

§. OMNIUM 3. ET ULT.

Potest etiam quis temerarius litigator fieri ante litem contestatam, videlicet tunc, quando quis, non petita venia Judicis parentem, patronum, vel alios, quibus par honor & reverentia debetur, in Jus vocat, in quem pœnam 50. Aureorum constitutam esse diximus, *§. pœnales de act.* Immiscent aliqui huic titulo materiam de Judiciis & Citationibus, verùm id magis congruenter ad latiora Digestorum volumina rejicitur. Deinde de ordine Judiciorum theoricè multùm discurrere, res parvæ utilitatis est. Sequitur

TITU-

TITULUS XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

SUMMARIA.

1 *In quo consistat officium judicis?*
2 *Quid in noxali?*
3 *Item quid in rei vindicatione.*
4 *Item quid in petitione hæreditatis?*
5. 6, 7. *& quid in actione ad exhibendum. Item familiæ herciscundæ & finium regundorum facere debeat.*

Ad Principium.

1 Postquàm Imperator instruxit partes litigantes; quomodo in Judicio agere, & se defendere debeant; jam instruit Judicem, quomodo judicare, & sententiam dicere debeat. Et in primis illud judicem observare jubet, ne aliter judicet, quam legibus & constitutionibus Imperialibus aut moribus, sive consuetudinibus receptam & proditum est, aliàs sententia contra legem lata esset ipso Jure nulla, *cap.* 1. x. *de sent. & re jud.* Quotuplex autem sit officium Judicis, *tit. de act. diximus.*

§. Ideoque 1.

2 Ostendit Imperator hic, quodnam sit Officium Judicis in noxali actione sive judicio, in quo dominus nomine sui servi, qui noxam, id est delictum commisit, conventus electionem habeat, utrùm servum noxæ dedere, vel litis & damni æstimationem solvere velit. Et quidem Judex hoc in casu reum taliter condemnat, Titium Mævio in decem aureos condemno, aut noxam dedere. Nec potest reo sive domino istam electionem adimere; quia sententia debet esse conformis petitioni actoris, *l. ut fundus* 18. *ff. communi dividundo.* atqui ipsa actoris petitio debet esse alternativa, aliàs actor plùs causa peteret; ergò.

§. Et Si In Rem 2.

Quomodo Judex judicare debet in actione rei vindicationis? ℞. Si actor dominium non probaverit, reus absolvendus est, *l.* 4. *Cod.* de edendo, ubi dicitur: *actore non probante, reus, etsi nihil præstiterit, absolvendus.* Quòd si verò actor dominium probaverit, Judex jubet, ut reus rem ipsam restituat una cum fructibus. Qui autem, & quales fructus debeant restitui; diximus §. 35. *Inst. de R. D.* 3

Ad ℣. Sed Si.

Q. hic quando reus ad restitutionem faciendam condemnari debeat? ℞. In actione quidem personali reo condemnato tempus aliquod concedi. puta, 4. Mensium ad satisfaciendum sententiæ, *l. fin. Cod. de usur. rei jud.* actiones verò reales paratam habent executionem, & in præsenti statim restitutio facienda est: difficiliùs enim est æs alienum solvere, quàm rem alienam restituere, Sanè, si possessor condemnatus neget se in præsenti restituere posse, aliqua ei petenti sine fru-

frustratione dilatio indulgenda est, debet tamen datò fidejussore cavere, quòd si intra tempus dilationis rem non restituerit, litis æstimationem solvere velit. *Manz. hic.* Dixi *sine frustratione petenti.* Quòd si verò frustratoriè, id est morandæ restitutionis causa tempus peteret, manu militari res ab eo aufferenda est, *l. 68. ff. de R. V. Harp. num.* 12.

Ad ℣. Et Si Hæreditatis.

4 Q. hic, quomodo Judex procedet in petitione hæreditatis? ℞. Eodem modo, quo in singularum rerum petitione. Nam in utraque actione Judex possessorem contemnat non tantùm ad ipsam hæreditatem, vel rem hæreditariam restituendam, sed etiam ad fructus, sed quales? diximus *d.* . 35. Est tamen aliqua differentia inter actionem rei vindicationis, & petitionem hæreditatis, videlicet, ista, quòd in rei vindicatione fructus restituendi sint officio Judicis, qui proinde, ut eorum rationem habeat, nominatim sunt petendi, nimirum illi, qui ante litem contestatam percepti sunt, enim verò post litem contestatam percepti Jure actionis veniunt. In petitione verò hæreditatis fructus indistinctè Jure actionis veniunt; quoniam fructibus augetur hæreditas, censenturque cum ea petiti, etsi eorum nulla sit facta mentio in libello, *l.* 20. §. 3. *ff. de hæred. petit.*

§. Si ad Exhibendum 3,

Quomodo debet Judex in actione ad exhibendum procedere? ℞. Sicuti in rei vindicatione, cujus hæc est præparatoria. Nempe jubebit, ut reus rem exhibeat, cum omni causa, quam habuisset actor, si, cùm primùm ad exhibendum agebatur, exhibita res fuisset. Ideòque si inter moras exhibendi usu capta aut perdita fuerit res, nihilominus reum condemnabit, in ejus rei æstimationem, habita & fructuum medii temporis, quod est inter litem contestatam, & rem judicatam, ratione.

§. Si Familiæ 4.

Quid agere debet Judex in familiæ herifcundæ actione? ℞. Quòd Judex singulas rei singulis hæredibus adjudicare debeat. Et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, id est, si contingat rem unius pretiosiorem esse, hunc alteri, cujus res est minoris, incertam pecuniæ summam condemnabit, ut sic fiat adæquatio. *Perez. & Schamb. hic.*

Ad ℣. Eo Quoque Nomine.

Quid si verò unus ex hæredibus solus fructus percepisset? ℞. Quòd eo quoque nomine cohæredi condemnandus, & ad communicanda commoda compellendus sit. Item est, quando unus hæredum rem hæreditariam corrupit, tunc alteri pro sua rata satisfacere tenetur. *Manz. hic.* 6

§. Eadem 5.

Quod Judex in familia herifcunda idem in communi dividundo curare debet, tàm circa divisionem rerum, earumque adjudicationem & condemnationem mutuam, quàm circa præstationes personales, *text. hic. & l. 3. l. 6. §. 1. ff. commun. divid.* Quòd si res talis in communione sit, quæ aut non commodè, v. g. *fundus*, qui divisus, neutri utilis

lis esset, aut partes pro diviso planè non recipiat. v, g. *Servus*, aut *Juramentum*, tum tota res uni adjudicanda, is autem, cui adjudicata vicissim alteri in certam pecuniam, quâ pars illa æstimatur, condemnandus est. *hic.* & *l.* 3. *Cod. Commun. divid.*

§. Si Finium 6.

7 Explicat hic Imp. quodnam sit officium Judicis in actione finium regundorum. Et imprimis monet Judicem, ut attendat, & examinet secum, an sit necessaria adjudicatio, nec ne? Nam si veteres terminos, qui vel ab homine, vel inundatione fluminis, sunt evulsi. commodè potest reponere, & renovare, non debet partem agri unius adjudicare alteri, sed antiquos terminos sequi. Ratio; cur enim sollicitus esset de novo, si constet de antiquo? Si verò antiqui termini sunt valde obscuri; & confusi, ita, ut commodius sit evidentioribus finibus distingui, quam olim fuissent distincti, tunc necesse est: ex alterius agro partem aliquam adjudicare, quo tamen in casu conveniens est, ut is alteri in certam pecuniæ summam condemnetur, quandi scilicet ea pars agri erit, ut nimirum tali modò æqualitas conservetur.

Ad ℣. Eo Quoque Nomine.

In hoc judicio finium regundorum eo quoque nomine aliquis condemnandus est, si quid circa fines & terminos malitiosè commisit, v. g. quia lapides finales eruit; movit, aut furatus fuit, vel quia arborus finales excidit. Quo in casu in id, quod alterius interest, condemnatur, quanti scilicet in litem fuerit juratum. *Manz. n.* 4. *Schneed. n.* 1. Similiter si, cùm Judex mitteret mensorem, & juberet metiri agros, & id alter litigantium ex contumacia passus non sit fieri, tunc tanti eum Judex condemnabit, quanti in litem actor juraverit, *Manz. n.* 5. *Harp. n.* 4.

§. Quod Autem Fin.

Quis ergò est effectus adjudicationis in istis tribus judiciis? ℟. Quod statim res fiat ejus, cui adjudicata est. Nam adjudicatio est quædam species dominii acquirendi, & justa causa usucapiendi. Dixi *statim*, id est, enim ante traditionem, ratio; quia ipso Jure transfertur dominium, sicuti in legatis, *l.* 64. *ff. de furt. l.* 80. *ff. de legat. Manz. n.* 3

TITULUS XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

SUMMARIA.

1 *Quæ sit differentia inter publica, & privata judicia?*
2 *Definitur crimen publicum.*
3 *Majestas alia divina, alia humana.*
4 *Definitur in genere crimen læsæ Majestatis.*
5 *A solo subdit. committitur.*
6 *Dividitur in perduellionem, & crimen Majestatis in specie.*
7 *Definitur crimen Majestatis in specie.*
8 *An in solum Principem Romanum committatur?*
9 *In quas personas crimen læsæ Majestatis propriè fiat?*

10 *An*

10 *An in alios Reges?*
11 *Item in Imperatricem committatur?*
12 *Recensentur aliqua singularia in crimine læsæ Majestatis.*
13 *Quæ pœna sit perduellionis, & læsæ Majestatis?*
14 *An liberis perduellium debeatur legitima, & quomodo socii puniantur?*
15 *Definitur adulterium.*
16 *An committatur in sponsam?*
17 *Enumeratur pœna adulterii.*
18 *Quæ sit pœna sodomiæ?*
19 *Quid sit stuprum?*
20 *Et quotuplex?*
21 *Definitur homicidium?*
22 *Quotuplex sit homicidium?*
23 *An animus occidendi præsumatur, si quis instrumento ad recisionem non aptò usus sit?*
24 *Quid Juris sit, si quis consilium dederit. vel auxilium tulerit ad cædem hominis?*
25 *Quæ sit differentia inter mandare, & consulere alicujus occisionem?*
26 *Quæ sint requisita ad moderamen inculpatæ tutelæ?*
27 *An insultatus teneatur fugere?*
28 *Pro defensione rerum, an occisio permissa?*
29 *Quid Juris? si quis confiteatur homicidium, dicat tamen, se fecisse ad sui defensionem?*
30 *Quid sit homicidium?*
31 *Venefici quâ pœnâ afficiantur?*
32 *Quomodo patricidæ olim, & hodie puniantur?*
33 & 34. *Quid sit crimen falsi? & quot modis committatur?*
35 *Quando dicatur fieri vis publica, & quando privata?*
37 *Raptus quomodo puniatur?*
38 *Quid sit crimen peculatus?*
39 *Quomodo puniantur plagiarii?*
40 *Quid sit crimen ambitus?*
41 *Quid crimen repetundarum?*
42 & 43 *Item quid sit crimen annonæ flagellatæ. & quid crimen de residuis?*

Postquàm Imperator absolvit judicia privata; nunc transitum facit ad judicia publica, quorum variæ species hoc titulo recensentur, de quibus in ordine.

AD PRINCIPIUM.

Magna, inquit hic, Imperator, differentia est inter judicia publica & privata, in instituendo & exercendo, illam tamen differentiam non explicat, patet tamen aliunde; nam privata judicia instituuntur per actiones. Judicia verò publica vel per *accusationem*, vel per *denuntiationem* vel per *inquisitionem*. Accusatio est delicti alicujus seu criminis apud Judicem vindictæ publicæ causâ, delatio solenniter facta. Inquisitio est investigatio criminis à Judice ex officio instituta, famâ vel aliâ justâ causâ prævià. Quæ idcircò à Jure recepta est, ne deficiente accusatore delicta maneant impunita. Denuntiatio, quæ est alicujus criminis per ministros publicos, ad hoc constitutos apud Judicem facta proditio, ut fiat in reum inquisitio. *Schamb. hic. vers. sum autem.*

§. PUBLICA I.

1 *Publica autem* (inquit textus) *dicta sunt, quòd cuivis & populo executio, seu acusatio eorum plerumque datur.* Putant aliqui his verbis contineri definitionem judiciorum publicorum. Sed parùm accuratè; allusio enim est, & vocis explicatio, non vera definitio; nam delicta publica reperias, quorum accusatio non cuivis à populo permissa est. Sic adul-

adulterium crimen est publicum, nec tamen omnes deferre id possunt, sed illi tantùm, qui vero dolore ad accusandum impelluntur, putà, maritus, pater, frater, patruus, avunculus. Extranei verò ab adulterii accusatione repelluntur, *l. 1. Cod. ad leg. Jul. de adult.* sic etiam crimen suppositi partus est publicum, nec tamen accusare in omnes possunt, sed illi saltem, ad quos ea res pertinet, *l. 3. §. 1. ad Cornel. de fals.* Regulariter itaque verum est, quòd judicia publica plerumque a quovis de populo accusari possint, ex eo solo tamen non æstimantur, sed ex eo, quòd lex certam formam & pœnam crimini præstituat, idque publicum efficiat. Unde expeditissimè crimen publicum definies hoc modo: *Est delictum, quod speciali lege publicum effectum est.*

a Intrinsecè itaque, & suapte naturâ nullum crimen est publicum, sed recipit denominationem hanc à forma extrinseca, puta, dispositione legis, facinus aliquod in classem delictorum publicorum referentis. Hinc licèt crimen aliquod suapte naturâ sit valdè atrox, si tamen lex nulla suppetat, quæ in censum delictorum publicorum id referat, non censetur publicum, *l. 1. ff. de publ. jud. Glettle. part. 4. de criminib. publ. cap. 1. n. 1. & 2. Harp. hic. n. 1. 2. Schneid. n. 2.*

Ex dictis Colliges I. Blasphemiam in classem delictorum publicorum non pertinere, legem enim nullam reperies, quæ blasphemiam crimen jubeat esse publicum. *Glettle. n. 3. dissent. Gomez. tom. 3. cap. 1. n. 2.*

Colliges II. Populares actiones, licèt omnibus pateant, *l. 1. & l. 4. ff. de popular. action.* v. g. actio alibi corrupti, actio sepulchri violati, actio de via publica &c. ad judicia publica pertinere, quia nullâ lege, nullâ constitutione ad judicia publica referuntur. *Harp. n. 3.*

Dixi suprà *plerumque* judicia publica à quovis de populo accusari posse: prohibentur enim aliqui propter ætatem, ut pupillus; alii propter sexum, ut mulier; alii propter Sacramentum, ut milites; alii propter munus, ut magistratus; alii propter delictum, ut infames, alii ob statum, ut servi &c. *Harp. n. 9.*

§. Publicorum 2.

Judicia publica alia sunt *capitalia*, alia *non capitalia text. hic. & l. 2. ff. h. t.* Capitalia sunt, quæ vel mortem naturalem vel civilem inferunt, seu (ut textus habet) quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Non capitalia sunt, quæ pecuniaria pœnâ, aut corporis aliquâ coercitione aut relegatione puniuntur, *text. hic. & l. 2. ff. h. t.* junctâ semper infamiâ, quàm in his judiciis sequitur, *l. 7. ff. h. t. l. 1. ff. de his. qui notant. infam. Schamb. hic.*

§. Publica 3.

De *Crimine læsæ Majestatis.* Inter delicta publica atrocitate præcellit crimen Majestatis, quod nostri tam grave, tamque immane reputant, ut sacrilegio proximum esse reputent, *l. 1. ff. ad leg. Jul. Majest.* Majestas alia *divina* est, alia *humana.* Divina ad Deum optimum maximum, ejusque cultum seu divinam religionem refertur, *l. ult. Cod. de feriis.* In hanc deliquisse dicitur, qui id egit, quòd directè tendit in diminutionem honoris divini. Tales sunt *blasphemi, hæretici, apostatæ, incantatores, malefici &c. Harp. n. 3. hic. Zoes. ff. d. t. n. 1.* De blasphemia, hæresi, & Apostasia solidè scribit *Glettle. tract. de crimin. publ. c. 3.* Humana Majestas est, quæ ad Imperatorem vel ad principem refertur, in hanc deliquisse dicitur, qui contra Imperatorem, ejusque saltem & tranquilitatem aliquid hostile machinatus, vel molitus est. 3

4 Hoc *definitur* à variis variè. Expeditissimè hoc modo: *est delictum publicum, quo Majestas humana læditur à subdito*: Dixi *à subdito*: communiter enim inter DD. obtinet crimen læsæ Majestatis à solo subdito, non etiam ab exteris committi, qui, si in Majestatem, cui subjecti non sunt, delinquant, ut hostes vel proditores aut exploratores sunt puniendi. *Glettle. de crim. pub. cap.* 2. §. 1.

Quòd autem à solo subdito crimen læsæ Majestatis committatur, ostenditur *per Clemen. 2. vers. rursus de sent. & re jud.* ubi Siciliæ Rex faciendo confœderationes, & conspirationes in Henricum Imperatorem Romanum, disertè negatur crimen læsæ Majestatis commisisse, propterea, quòd Imperatori Romano subditus non fuerit. Hanc sententiam amplectuntur. *Hunn. ad Treutl. vol. 2. th. 1. disp. 32. lit. q. 4. & ibi Bachov. Gomez. var. Resol. tom. 3. cap. 2. n. 10. Zoes. loc. cit. n. 9. Harp. hic. n. 49. Ludwell. hic. n. 6.* Ex quo sequitur, si clericus delinquat in Imperatorem, crimen læsæ Majestatis non committere; quoniam clericus laicorum imperio exemptus est. Ita allegati *AA.*

5 Non *obstat*, quòd exteri sive peregrini, si in territorio alieno adversus Principem aliquid machinentur, quòd, inquam, ratione delicti, forum illic sortiantur, ac proinde juxta leges loci puniri possint. Enim verò R. Diversa esse peregrinum ob crimen, quod adversus Principem commisit, puniri posse, & posse tanquam reum Majestatis. Priùs nos ipsi concedimus, posterius negamus. *Glettle loc. cit.*

6 Dividitur crimen Majestatis in *perduellionem*, & crimen *Majestatis in specie.* Perduellio est delictum publicum, quo hostilitas adversus Principem aut Rempublicam committitur à subdito, *text. hic.* Quòd variis modis contingit; v. g. si quis in necem Principis conjuraverit, *l. 4. ff. ad l. Jul. Majest.* Si quis seditionem excitaverit, *l. 1. §. 1. ff. eod.* si quis hosti secreta Principis revelaverit, *d. l. 1. §. 1.* Si quis castra vel urbes hosti tradiderit, *l. 3. ff. eod.* Plures modos recenset *Glettle. c.* 7
2. §. 4. *loc. cit.* Crimen Majestatis in specie definitur, quòd sit delictum publicum, quo dignitas Principis, aut Reipublicæ citra hostilitatem læditur a subdito, v. g. si quis statuas Principis, jam consecratas violaverit, puta, traxerit, cæciderit aut conspurcaverit &c. Sanè statuas non consecratas, h. e. sine permissu Principis authoritate privatâ collocatas, si quis violaverit, crimine hoc non obstringitur, *l. 4. ult. l. 5. l. 6. l. 7. §. ult. ff. ad leg. Jul. Majest.* Item committitur crimen Majestatis, si monetam quis adulteraverit, *l. 7. Cod. de fals. monet.* Si quis privatos carceres habuerit, *l. 1. & 2. Cod. de privat. carcer.* si quis confugientes ad Ecclesiam inde abstraxerit, *l. 2. Cod. de his. qui ad eccles. conf. &c. Glettle loc. cit. n. 21. Zoes. ff. d. tit. n. 6. & 7.*

8 Viso, quid & quotuplex sit crimen Majestatis, qui illud committant, & quomodo committatur, sequitur, adversus quos committatur. Committi autem potest in genere adversùs omnes, qui Majestate fulgent, h. e. qui summam in subditos, & legibus solutam potestatem obtinent, sive Reges sint, sive Optimates, sive denique populus, *arg. l. 1. ff. ad leg. Jul. M. l. 4. Cod. eod.*

9 Contendit equidem *Fachb. l. 9. c. 23.* adversùs solum Principem Romanum crimen hoc committi, eò quòd textus adducti de principe non alio loquantur, quàm de Romano. Sed in spongiam incumbit hoc argumentum. Nam ideo *d. l. 5.* de solo Principe Romano loquitur: quia tunc temporis divinari non poterat, orbem Romanum in plura regna quondam discerpandum, Et postquàm dissecto in partes imperio, novi Principes Jus Romanum receperunt, utique etiam recepe-

runt

runt memoratam constitutionem, cùm lege speciali huic non derogaverint, *Glettle. loc. cit.* §. 3. *n.* 1. In specie committitur crimen Majestatis I. Adversùs Pontificem utpote supremum caput, & superiorem non recognoscentem. II. Adversus Imperatorem Romanum, de quo Jure dixeris, quod ea polleat authoritate, ut ad lucem ejus supremæ Potestates reliquæ, velut stellæ ad radios solis expallescant. III. Adversus Electores imperii. Ita apertè statuit *aur. Bull. c.* 24. *Harp. n.* 17. IV. Adversùs Consiliarios Principis; quia pars censentur corporis principalis, *l.* 15. *Cod. eod. Glettle. n.* 6. *Harp. n.* 15. *Schamb. vers. quæres hic.*

10 Q. I. An crimen læsæ Majestatis in Principes, superiorem non recognoscentes, quales sunt Hispaniæ, Galliæ, Angliæ, Poloniæ, & Daniæ Reges, à subditis ipsorum committatur? multis disputationum ambagibus involuta est quæstio ista. *Negativam* utraque manu propugnant. *Fach. l.* 9. *c.* 32. *Harp. n.* 19. *hic. Wesenb. in parat. ad l. Jul. Majest. n.* 4. & 7. Moventur I. per §. *hic.* 3. ubi disertè scriptum est, crimen læsæ Majestatis contra Imperatorem vel Rempublicam committi; ast alii Principes sive superiorem recognoscant, sive non, Imperatores tamen non sunt; ergò illud vulgatum ipsis occinere possis, quòd inclusio unius exclusio alterius, *l.* 21. *Cod. de procurat.* II. Quia *in l. ult. Cod. de abolit.* crimen læsæ Majestatis & crimen patriæ, quam quis hostili manu debellavit, sibi invicem opponuntur: signum proinde evidens est, eum; qui in patriam vel civitatem, licèt superiorem non recognoscentem, delinquit, reum læsæ Majestatis non esse III. Quia in aurea Bulla Caroli IV singulari privilegio Principibus Electoribus tributum est, ut crimen læsæ Majestatis in ipsos committatur; ergò videtur Jus commune esse in contrarium, exceptio enim firmat regulam in casibus non exceptis, *l.* 102. *ff. de legat.* 3.

Verùm his argumentis nihil in contrarium remorantibus subscribo affirmativæ, cui patrocinatur *Zoes. ff. ad leg. Jul. Majest. n.* 3. *Hunn. ad Treutl. vol. poster. disp.* 22. *q.* 3. *Ludw. hic.* Ratio I. Quia Majestate fulgent; ergò si quid in ipsos committatur, crimen læsæ Majestatis erit, ubi tamen læditur Majestas, crimen læsæ Majestatis commissum esse dixeris. Ratio II. desumitur ex *l.* 7. §. 1. *ff. de captiv. & postlim. reversf.* in illis verbis: *alterius populi Majestatem*, quibus evincitur plus, quàm manifestissimè aliorum etiam populorum esse Majestatem &c. quâ læsâ, crimen læsæ Majestatis commissum erit.

Ad I. ℞. Non fuisse mentem & intentionem Justiniani Imperatoris, de quovis læsæ Majestatis crimine tractare. Sed de illo solùm, quod à civibus Romanis committitur; his enim solùm præscripta & sancita erat lex Julia. Ad II. ℞. Concedendo crimen læsæ Majestatis & oppugnatæ patriæ sibi invicem opponi, sed id de tali oppugnatione patriæ intelligendum, quæ non ponit crimen læsæ Majestatis, puta, quòd talis patria sit, quæ superiorem agnoscit, v. g. *Principem Electorem &c.* Ad III. ℞. Argumentum à contrario contra expressos Juris textus non procedere, prout est *textus d. l.* 7. §. 1. Deinde nulla ratio fuit, ut sanciretur, crimen læsæ Majestatis in præmemoratos Reges committi; quoniam id aliunde clarum erat, in eos committi, eò quòd Majestate fulgeant.

Mihi, ut verum fatear, negativa sententia in rigore Juris videtur verisimilior, ex hac potissimùm ratione quòd *textus, & leges* allegatæ de Imperatore loquantur, licèt proinde recensiti reges Majestate fulgeant, & sic par in iis ratio esse videatur; quia tamen in odiosis versamur, pœna non videtur ad eos exten-

denda, qui lege disertè non sunt comprehensi. In reliquos Principes, Comites, & Barones Imperii, licèt quoque crimen læsæ Majestatis committi aliqui autument. *Hunn. d. lo. q.* 6. contrarium tamen verius est, eò, quòd, nulla in iis propriè Majestas resideat, ut proinde crimen læsæ Majestatis in eos committi non possit.

Non *obstat*, quòd & isti pars corporis Imperatoris esse censeantur, *arg. l.* 5. *Cod. ad leg. Jul. Majest.* ℞. Enim, id, quod ibi singulariter in consiliariis Principium constitutum est, ad consequentiam trahendum non esse, cùm odia potiùs restringenda, quàm amplianda sint, *cap.* 15. *de R. J. in* 6.

11 Q. II. An crimen læsæ Majestatis committatur in Imperatricem? ℞. Si lubeat de rigore Juris discurrere, certum est, nec in Imperatricem, nec in Regem Romanorum crimen læsæ Majestatis committi, eò quòd simus in odiosis, & dictæ personæ sub lege non sint comprehensæ. Ratio tamen tum politica, tum æquitatis exigit, ut asseratur, tam in Imperatricem, quàm Regem Romanum crimen læsæ Majestatis committi, eò quòd utraque persona Majestate fulgeat. Vide *Glettle de criminib. publ. cap.* 2. §. 3. *n.* 7.

12 Illud *observandum*: ob enormitatem hujus criminis multa singularia, quæ in aliis criminibus non obtinent, de Jure statuta reperiri. I. Enim nulla etiam voluntas, licèt non fuerit in effectum deducta, facit huic crimini obnoxium, *l.* 5. *Cod. ad leg. Jul. Majest.* quod tamen cum grano salis intelligendum, quatenus videlicet nuda voluntas in actum exivit exteriorem, ita ut conatus aliquis adverteretur; nam nudam & solam voluntatem interiorem, absque ullo tractu exteriori ad hoc crimen non sufficere, ferè in confesso est; quoniam Juris est, ut cogitationis pœnam nemo patiatur, *l.* 18. *ff.* de pœnis. & actus merè interni, qui scilicet in solo animo & cogitatione consistunt, non cadunt sub legem humanam. *Konig. de constitut. n.* 19. *ad decretal. Zoes. ff. ad leg. Jul. Majest. n.* 11. *Harp. n.* 42. Unde sequitur nimis rigidam fuisse sententiam Curiæ Parisiorum, quæ nobilem, qui Franciscum I. se occidere voluisse sodali Franciscano religiose confessus erat, capitis condemnavit, quâ de re *Bodin. lib.* 2. *de Reipubl. cap.* 5. *pag.* 276.

II. Crimen hoc deferre possunt, qui jus accusandi aliàs non habent, puta, famosi, milites, mulieres, *l.* 7. §. 1. *l.* 8. *ff. h. t.*

III. In Q. hujus criminis nulla dignitas à tortura eximit, *l.* 3. *l.* 4. *Cod. ad leg. Jul. Majest.*

IV. Quod illi, qui pro reo Majestatis intercedunt, perpetuâ notentur infamiâ, *l.* 5. §. 2. *Cod. eod. Schamb. hic. Glettle. loc. cit.* §. 4. *n.* 3.

Pœna huic crimini præstituta variat, & alia est, si sermo sit de perduellionis crimine, alia si de crimine læsæ Majestatis in specie. Pœna perduellioni præfinita concernit vel ipsum perduellem, vel liberos, vel denique conscios.

Ipse perduellis severè admodum punitur. I. Enim ultimo afficitur supplicio, *l.* 5. *Cod. h. t. l.* 3. *ff. eod.* §. 3. *hic.* Et consuetudine membra in 4. partes secantur, vel perduellis igne, aut etiam suspendio punitur. *Harp. n.* 45. *Zoes. loc. cit. n.* 17. II. Perduellis memoria etiam post mortem damnatur, §. 3. *hic.* ita ut de hoc crimine etiam post obitum delinquentis cognosci & procedi possit, *l.* 6. *l. fin. Cod. ad l. Jul. Majest.* secùs quàm in aliis criminibus, quæ morte reorum extingui constat, *l.* 2. & 3. *Cod. si reus vel accusat.* Itaque memoriam autem defuncti damnari nihil aliud est, quàm

quàm etiam post mortem infamem dici, statuas ejus, & insignia in honorem ejus erecta, edita, affixa tolli, eliminari atque deleri, *Schamb. hic.* III. Bona perduellis omnia publicantur, sive confiscantur, *d. l. 6. & ult. eod.* tum feudalia tum allodialia. *Zoes. loc. cit. n.* 17 ipso Jure, ut sententia definitiva non sit necessaria: nam declaratoria requiritur ad effectum executionis, *arg. cap. cùm secundum de hæred. in 6.* nisi crimen omninò sit notorium. *Gail. de pace pub. lib. 2. cap. 36. n. 16. & n. 17.* Et hoc quoad bona rei, quæ sunt in territorio principis, cujus Majestas læsa: alibi sita non possunt dici publicata, cùm lex non extendat se ultra territorium Legislatoris, *cap. 2. de const. n. 6.* Salva etiam manet uxori sua dos, & usufructus donationis propter nuptias quoad vivit uxor; post mortem enim uxoris cedit fisco, *l. 5. & uxores. Coad. d. tit. Zoes. hic ff. n. 19. Brunn. in d. l. 5. n. 29.* Pœnis hactenus recensitis affi.iuntur ipsi perduelles. Liberi verò perduellium sequentes pœnas incurrunt. I. Perpetua notantur infamiâ, *d. l. 5. §. 1.* II. Privantur honoribus & dignitatibus, ac recipi prohibentur in numerum militum, *d. l. 5. §. 1. aur. Bull. tit. 24. §. 1.* Imò tales reputantur, quibus vita simplicium, & mors solatium. *Manz. hic.* Ad filias tamen pœna hæc non pertinet, Hæ enim, quia ob vitæ infirmitatem minùs ausuræ credunt, Matri in legitima succedunt, *d. l. 5. §. 3. Brunn. ibi. n. 21.* IV. Privantur testamenti factione passivâ, ita, ut ne quidem ex testamento extranei capere quidquam possint, *d. l. 5. §. 1. Glettle de criminalib. publ. cap. 2. §. 6. n. 1.*

14 Q. III. An liberis perduellium ex bonis patris perduellis non saltem debeat legitima? ℞. Interesse, an per legitimam determinata legibus portio, puta triens, vel semis intelligatur, an verò alimenta? Si priùs certum est, legitimam non deberi, *l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* ubi bona perduellis omnia fisco transscribuntur, hoc ad perpetuam egestatem liberi damnantur, quod non fieret, si liberi patri perduelli in triente vel semisse succederent. Si posterius; puto; legitimam saltem ex ratione æquitatis debere; quoniam necare dicitur, qui alimenta negat, non autem est finis Principum necare liberos, cum disertè *in d. l. 5.* profiteantur; quòd vitam illis lenitate Imperatoria indulgeant, *Glettle. loc. cit. §. 6, n. 7. q. 3.*

Q. IV. Pertineantne ad memoratam constitutionem liberi, tam ante, quam post commissum crimen admissi? *vide Glettle. loc. cit. cont. 4.* Socii & conscii hujus sceleris eadem pœna afficiuntur, qua ipsi perduelles, *d. l. 5. §. 6.* ubi tamen æquior videtur sententia, quæ solà reticentia, forte quia sufficienter crimen probare non potest, non sufficiat ad incurrendam hanc pœnam, quod enim quis probare non potest, scire non intelligitur. *Zoes. ff. ad leg. Jul. Majest. n. 13. Glettle loc. cit. §. 7. n. 2.* In reos criminis læsæ Majestatis in specie tanta pœna non est constituta, sed secundùm circumstantiarum qualitatem, vel deportatione, vel relegatione, vel etiam gladio puniuntur, *l. 34. l. 40. ff. de pœnis §. 3. hic.* Pænis aliis, v. g. *damnationis memoriæ, confiscationis,* &c. non subjiciendos esse, verius est, *Glettle. d. loc. §. 8. Harp. n. 88.*

§. ITEM LEX JULIA 4.

II. Crimen publicum est adulterium 15 quod nihil est aliud, quàm *concubitus cum persona, alteri ligatâ.* De Jure Civili tunc tamen dicitur committi adulterium, quando nupta violatur, *l. inter §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* sive à conjugato, sive à soluto, *d. l. inter.* ut proinde

adulterium non fit, si maritus negotium illicitum habuerit cum soluta; sed tantùm stuprum erit. Ratio; quia Jus civile principaliter confusionem seminis,& incertitudinem prolis considerat,eaque de causa adulteria specialiter execratur, & tanquamReipublicæ noxia, graviter punit. De Jure verò Canonico adulterium committitur, sive solutus conjugatam carnaliter cognoscat, sive conjugatus solutam, sive conjugatus conjugatam. Ratio, quia sacri Canones non effectum civilem, & damnum ob incertitudinem prolis, in patrimonio contingens, sed reatum in conscientia,& læsionem justitiæ, & fidei conjugalis considerant, nec virum, & uxorem ad imparia judicant. *can.* 19. *cauf.* 32. *q.* 5.

16 In controversiam rapitur; anne adulterium committatur à sponsis? Quin in sponsam de præsenti, putà, matrimonio rata jam vinculatam, adulterium committatur, dubitandum non est; talis enim vera conjux est, cùm consensus non concubitus faciat nuptias. Facit & *cap.* 6. ⅹ *de eo, qui cognovit. consang. ux. suæ.*

Dubium duntaxat est de sponsa de futuro. Et videtur dicendum,& in hanc committi adulterium *per l.* 4 *uxor.* 13. §. *divi.* 3. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* his verbis: *Divi Severus, & Antonius rescripserunt, etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecunque, neque spem violare permittitur.*

Verùm, probabilius est, in sponsam de futuro non committi adulterium. Ita *Zoes. ff. ad leg. Jul de adult. n.* 6. *Konig. ad decret. de adult. & stup.* Ratio sola, sed solida est posita in ipsa definitione adulterii, quod est violatio thori, & adulter dicitur corruptor alienæ Matrisfam. sponsalia autem de futura thorum non ponunt, nec sponsa aliena dici potest Materfam.

Ad d.l. 13. §. 3. ℞. etiam in sponsa 17 hoc idem vindicandum, *ut stuprum, con. ut adulterium nego.* Sensus legis, quòd, sicuti marito permittitur vindicare adulterium ob injuriam, eidem illatam, ita & sponso permittatur stuprum sponsæ vindicare. Ita *communiter.* Pœna adulterii olim de Jure Civili varia erat. De Jure Codicis est pœna gladii constituta, *l.* 30. §. *ult.* & *l.* 9. *Cod. eod.* Verùm, hæc pœna in muliere mutata fuit. *Nov.* 134. §. *mulier. vero* 7. atque sancitum est ut mulier, rea adulterii, virgis cæderetur, atque in monasterium detruderetur, & si maritus intra biennium illam ad se non revocaverit, ibi toto vitæ suæ tempore, tanquam in carcere manere, & pœnitentiam agere cogeretur, *cap.* 9. *de confess. conjugat.* Sed & ista pœna in Germania parùm frequentata fuit: rationi enim esse contrarium videtur, loca sancta impudicis mulieribus repleri. *Manz. hic. n.* 5. & 6. Illud certum est, licet antiquæ pœnæ non ampliùs observentur, quòd adulterii pœna illa adhuc vigeat, quòd mulier emittat dotem, & maritus donationem propter nuptias. *Nov.* 117. §. 8. Et in terris Acatholicorum communiter constitutum vel usu introductum est, ut tam masculi, quàm fœminæ propter adulterium, maximè si duplex & bilaterale sit, gladio feriantur. *Berlich. conclus. pract. l.* 4. *cap.* 17. *n.* 20. In terris verò Catholicorum ferè utiquè receptum est, ut adulteri saltem primâ, & secunda vice non gladio aut pœna capitali, sed carceribus, relegatione, aut pœna pecuniaria, vel confusione aliqua puniantur. *Engel. de adult. & stup. n.* 6. licet interea adulteros pœnâ nimis levi afficî, multi conquerantur, & principes in hoc delicto castigando nimis clementes, aut negligentes gravis peccati arguat. *Clariss. D. P. Konig. ad decret. eod. tit.* §. 6.

Ad

AD ℣. SED EOS.

19 Eadem pœna gladii de Jure Codicis, & Institutionum puniuntur sodomiæ rei. Verùm exasperata est hæc pœna per constitutionem Carolinam, atque comburi jubentur.

AD ℣. SED EADEM.

20 Ex eadem lege Julia prohibetur, & coercetur stuprum, quod est concubitus soluti cum soluta virgine, aut vidua, honestè vivente, *l. inter stuprum. ff. de V. S.* Dixi *honestè vivente*; nam, cum meretrice, quæ pro quæstu passim corpus venale prostituit, non stuprum, sed fornicatio committitur, cujus pœna est arbitraria. *Harp. n.* 58. *hic.* Porrò, stuprum vel *simplex* sive *voluntarium*, vel *violentum est*. Illud fœminæ volenti, & spontè consentienti: hoc invitæ, ac vi compulsæ infertur. Pœna prioris de Jure Civili est publicatio dimidiæ partis bonorum in honestioribus, in humilioribus castigatio corporis cum relegatione, §. 4. *Inst. hic.* De Jure canonico jubetur, stuprator corruptam ducere, vel ut aliqui legunt, & dotare, *cap.* 1, ✠ *de adult. & stup.* Pœna stupri violenti eit adhuc hodie ultimum supplicium, *const. Carol. art.* 119. *Manz. n.* 15. *hic.* Cæterùm, puella in dubio præsumitur Virgo, & neganti virginem incumbit probatio, quòd priùs ab alio fuerit deflorata, quia quilibet præsumitur bonus, donec probetur malus, *l. meritò ff. pro socio*, & puella habet præsumptionem naturæ pro se, cùm Virgo nascatur. *Engel. d. t. num.* 14.

§. ITEM LEX CORNELIA 5.

21 Succedit tertia publici Judicii species, puta, homicidium, quòd lege Cornelia de sicariis punitur. Homicidium definitur, quòd sit *humani corporis animati peremptio, ab homine facta.* Nam, si homo à fera, vel bruto occidatur, propriè non est homicidium, sed dicitur pauperies *tot. tit. Inst. si quadrupes paup. fecisse. di.* Dixi *animati.* Unde & ille ordinaria pœnâ homicidii plectendus dicitur, qui abortum procuravit, sive, qui fœtum humanum nondum editum (quem Medici embrionem vocant) negavit, partumque abegit, *l.* 38. §. 5. & *l. Cicero* 39. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.* si tamen embrio fuerit animatus; nam, antequàm informatus est anima rationali, non dicitur homo, atque ita nec commissum homicidium, *cap. sicut* ✠ *de homicid.* quod est peremptio corporis humani. *Gomez. tom.* 3. *cap.* 3. *n.* 32. *Fach. n.* 9. *cont.* 101. *Harp. hic. n.* 33. quo autem tempore anima infundatur, inter D. D. non convenit, alii autumant marem die 30. fœminam 80. alii aliter. Puto, optimè illos sentire, qui quæstionem istam Physicis, & Medicis decidendam, & discutiendam relinquunt, *Harp. n.* 56.

Dividitur homicidium à variis variè. 22
Placet præ aliis illa divisio, quòd homicidium aliud sit, *voluntarium*, aliud *casuale.* Voluntarium iterum vel *licitum*, vel *illicitum*, adeòque tertia species, scilicet quòd aliud homicidium sit *necessarium*, quod quis committit ad necessariam sui defensionem, vel quod fit à Magistratu in malefactores, vel, quòd fit ab eo, qui justum bellum gerit, necesse non est, quoniam in homicidio voluntario licito includitur. Homicidium voluntarium illicitum est, quòd ex proposito, & intentione, aut saltem libera voluntate, aut ex iracundia, cum rationis tamen advertentia, factum, est *l.* 1. §. 3. *l.* 7. & *l.* 14. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.* sanè, ut homicidium dicatur, dolus concurrat necesse est; lata enim culpa non sufficit, ut pœnâ ordinariâ reus afficiatur, quoniam in criminalibus lata culpa dolo non æqui-

æquiparatur, *lib. 7. ff. eod. Harp. n.* 58. & 59. Dolus autem licèt ex pluribus indiciis, & circumstantiis probari possit; indicia tamen maximè censentur ista esse, quæ ex genere, & qualitate armorum sumuntur. Etenim, qui gladio, sclopeto, vel baculo satis robusto, vel (ut brevis sim) tali instrumento usus est, ex quo mors facilè possit sequi, voluntatem, & animum occidendi, quin præsumatur, habuisse dubitandum non est.

23 *Harp. n.* 67. Quòd si verò aliquis clavi, cucumâ, pugno, baculo, ligone, virgis, loris, vel alio instrumento, ad interemptionem hominis non apto, usus fuerit, vix est, ut dolo homicidium fecisse præsumatur. *Gail. l.* 2. *obs.* 110. *num.* 7. *Harp. n.* 67. *hic.* Ubi latè hac de materia disceptat.

Dices: hic in §. nostro dicitur, homicidam teneri pœna mortis, sive cum gladio, sive cum ligno vel lapide, vel alio quocunque tali genere homicidium perpetraverit. ℞. Istum §. (ut ipse Justin. explicat) de eo exaudiendum esse, qui, hominis occidenti causâ, cum telo ambulaverit, h. e. animum, & voluntatem occidenti habuerit. Quoties enim in aliquo Juris loco disponitur, ordinariam legis Corneliæ pœnam infligandam esse, semper præsupponendum est, occidendi animum præcessisse, sinè quo pœna legis Corneliæ locum non habet, *l.* 7. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Cæterum, licet *Hunn. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 32. *th.* 5. *q.* 42. Utrâque manu propugnet, eum, qui clavi, cucuma, lapide, pugno, baculo, fuste, ligone, virgis, loris, similique instrumenti genere, ad hominis occisionem verosimiliter non apto, aliquem percusserit, & percudiendo occiderit, occidendi animum, & voluntatem occidendi habuisse, atque adeò, dolo occidisse præsumi; indigna tamen est tanto viro ista sententia, & veritati minùs congrua. Refragatus enim luculentis Juris textibus, puta, *l.* 1. §. 3. *ff. ad leg. Cornel, de sicar. l.* 5. *Cod. eod. c.* 18. ✠ *de homicid.* repugnat insuper apertæ humanitati, ac benignitati, quæ cumprimis in pœnalibus attendenda, *l. pen. ff. de pœnis. Harp. n.* 71. Itaque, si aliquo ex memoratis instrumentis alterum quis occiderit, pœna legis Corneliæ ordinaria non tenetur, nisi doceatur claris probationibus, reum animum habuisse occidendi; nulla enim præsumptio tam violenta est, quin per contrariam probationem everti possit, *Zoes. ff. ad leg. Cornel. de sicar, n.* 7. Planè, ut quis pro homicida habeatur, nihil interest, utrum occidat ipse, an mortis causam dolo malo præbeat, *l.* 15. *ff. d. t.* Unde, mandans alterum occidi, æquè ac ipse occidens, tenetur, *l.* 15. §. 1. Nihil enim interest, an quis occidat, an causam mortis præbeat, & quod quis per alium facit, per se ipsum facere censetur, *cap.* 72. *de R. J. in* 6. *Zoes. n.* 12.

Non obstat, quòd rei turpis nullum mandatum, nullus contractus, nulla obligatio, vel actio existat, *l.* 6. §. 3. *l.* 22. §. 6. *ff. mand.* Id siquidem intelligendum est ratione obligationis, & actionis, producendæ inter contrahentes, putà. *mandantem*, & *mandatarium*: non verò quoàd actionem, vel accusationem, pariendam ei, in cujus præjudicium mandatum est. *Gomez. var. resol. tom.* 3. *cap.* 3. *n.* 39.

Q. Ulteriùs. Quid dicendum de eo, 24 qui consilium dedit, vel, qui auxilium tulit: Communis opinio distinguit, an fuisset aliàs facturus nec ne? Priori casu ordinariam homicidii pœnam non habere locum, existimant; potest tamen pœna extraordinaria affici pro arbitrio scilicet Judicis, examinantis, an consilio animum alterius multùm, vel parùm moverit. Ita facit *text. in cap.* 6. §. *qui verò*

vero 3. de homicid. ubi, qui inflammarunt animum regis, dicuntur puniendi, licèt non tam severè. *Zoes. n.* 17. ubi, idem in mandante statui posse, opinatur, eò quòd talis consultor, & mandator non videtur præcise ad factum homicidii concurrisse. Posteriori casu consulens, & auxilians pari pœna, qua homicidæ afficiuntur. *Ita Zoes. ff. ad leg. Cornel. de sicar. n.* 17. *Gomez. var. resol. Tom.* 3. *c.* 3. *n.* 43. *& seqq. Gail. l.* 1. *cap.* 1. *n.* 43. *de Pace publ.* Ratio est in *l. non solùm* 11. §. 6. *ff. de Injur.* ubi in hæc verba rescribitur. *Attilicius ait, & si persuaserint alicui, aliàs nolenti ut mihi, ad injuriam faciendam, obediret, posset injuriarum mecum agi:* ex quo illud tritum verum, consilium malum consultori esse pessimum. Sanè, quod de consilio, & mandato diximus, trahendum non est ad ratihabitionem; quæ licèt comparetur mandato, *cap. ratihabitionem de R. J. in* 6. non facit tamen aliquem pœna ordinaria affici, quoniam ad homicidium ratihabens concurrisse dici non potest, eò quo ratihabitio sit posterior. Requiritur autem ad hoc, ut quis pœnam ordinariam homicidii incurrat, ut ad factum concurrat, prout ex dictis patet.

Non obstat *can. cum quis de sent. excommun. in* 6. ubi ratam habens percussionem clerici suo nomine factam, est excommunicatus: quoniam id in casu *d. cap.* videtur esse singulare, adeoque in pœnalibus non extendendum, *Zoes. n.* 23.

25 Illud singulari memoria dignum, quòd licèt mandans non teneatur, postquàm revocavit mandatum *expressè, vel tacitè*, si revocatio perveniat in notitiam mandatarii; tamen persuadens, & consulens non excusatur, licèt revocaverit persuasionem, vel consilium: sed oportet omninò facere, quod non sequatur maleficium, vel quòd denuntietur ei, in cujus personam debeat maleficium committi. Ratio diversitatis est, quod mandatum concernat gratiam mandantis, ab eoque habeat vim omnem movendi, ut, ejus voluntate sublata per revocationem, cesset mandati causa, & mandanti nihil ampliùs imputari queat, cujus influxus cessat. Consilium verò concernit eum, cui datum, ponitque inclinationem, quæ inclinatio tollitur per revocationem consilii, cùm intellectus, semel instructus, non facilè mutetur, præcipuè in causa vindictæ. *Gomez. tom.* 3. *cap.* 3. *n.* 43. *Zoes. n.* 19.

Pœna legis Corneliæ de sicariis ordinaria olim erat deportatio, & omnium bonorum ademptio, sive confiscatio: posteà verò nobiliores quidem, & honestiores in Insulam deportari; humiliores ultimo supplicio affici cœperunt, *l.* 3. §. *pen. l.* 16. *ff. ad l. Cornel. de sicar.* Hodiè pœna gladii homicidæ indistinctè afficiuntur. *Harp. n.* 27. Jure enim talionis equum est, ut homicida, quod fecit, exspectet, *l.* 3. *Cod. d. Epis. audien.* Et hoc verum est, nisi homicidium sit insidiosum, vel proditorium, ut puta, si quis alterum absque causa rixæ aut discordiæ à tergo, simulans se amicum, occidat. Hoc enim casu qualitas proditionis & ut vocant, alevosiæ, facit aggravari pœnam homicidii, & rotæ supplicio reum affici. *Gomez. n.* 5. *loc. cit. vide etiam. Con. Carolin. art.* 131. *cum aliquot seqq.* Hucusque sit dictum satis de homicidio *voluntario illicito.*

Sequitur recta methodo homicidium *voluntarium licitum*, quod alii *necessarium*, sive *coactum* appellant. Estque illud, quod quis non dolo malo, sed ad necessariam sui defensionem committit, vim enim vi repellere, omnes leges, omniaque Jura permittunt, *l.* 45. *ff. ad leg. Aquil.* & quod quis ad defensionem corporis sui facit, Jure fecisse, dicitur, *l.* 3. *ff. de. J. & J.* Quod tamen tum demum

Kees ad Institut. Bbbbb pro-

procedit, si servatum sit moderamen inculpatæ tutelæ, h. e. si defensio sui ita fuerit moderata, ut invasus non potuerit periculum alio modo evadere, aut invadentem repellere, nisi hunc occiderit. *Zoes. ff. ad leg. Cornel. de sicar. num.* 30. *Gail. l.* 2. *ob* 110. *n.* 13.

26 Ad hoc autem, ut dicatur servari moderamen inculpatæ tutelæ, requiritur I. Ut aggressio periculosa sit, & injusta: dico, *periculosa*, ubi enim nulla est aggressio, ibi nulla est defensio. Illud tamen necesse non est, ut defensor primum ictum expectet, sed si viderit, arma in se stringi, bombardam è theca eximi, & ad offendendum se præparari, resistere, & in tempore sibi poterit prospicere, *l.* 5. *ff. ad leg. Aquil.* tum, quia meliùs est occurrere in tempore, quàm post exitum, & vulneratam causam remedium quærere, *l. ult. Cod. in quib. caus. restit. in integ. necess. non est.* Suffragatur etiam constitutio Carolina, *art.* 140. his verbis: *Ist auch mit seiner Gegenwehr, bisz er geschlagen wird, zu warten nicht schuldig.* Tum, quia meliùs est prævenire, quàm præveniri. Unde Poeta: Dimidium amisit, qui primum expectat ad ictum, *ita Zoes. loc. cit. Harp. n.* 114. II. Requiritur, ut defensio, quàm fieri potest, fiat cum minori læsione proximi, aliàs enim transiret in vindictam. Hinc, si mutilare sufficiat, non debet occidere; ita tamen, ut, si occiderit, pœna ordinaria non sit afficiendus; quia difficile est, in motu se continere, & sufficienter refrænare. III. Ut fiat defensio, non aggressio. Sic, si quis fugientem, etiam post vulnus acceptum, insequatur, & occidat, aut mutilet, excedit moderamen inculpatæ tutelæ, cùm fuga invasoris faciat cessare periculum invasionis, *arg. cap.* 18. *X de homicid.* talis tamen excessus etsi mereatur aliquam pœnam arbitrariam, pro modo excessus juxta boni viri arbitrium æstimandam; non tamen locus erit pœnæ ordinariæ, eò quòd difficile sit justo dolori temperare. *Menoch.* 2. *arbitr. caus.* 177. IV. Requiritur, ut defensio fiat in continenti, i. e. in ipsa concertatione, ac congressu, *l. quod est* 3. §. *cùm igitur* 9. *ff. de vi. & vi armat.* secus enim non defensio, sed potiùs vindicta, erit. *Schneid.* §. 1. *Inst. de J. N. G. & C. n.* 15. *Gail. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 12. *de Pace publ.* ubi explicat, quondo dicatur defensio incontinenti fieri, atque defensionem rerum incontinenti fieri, si post aliquot hebdomadas fiat; fac enim, nobilem de castro vi dejectum esse, hoc in casu ad recuperationem castri desideratur magnus apparatus, ut proinde ad defensionem longioris temporis intervallum exigatur. V, Requirunt aliqui, ut defensio fiat æqualitate armorum: sic verba verbis, verbera verberibus, videntur esse repellenda, huc inclinare videtur. *Schamb. d. lo.* Mihi tamen verisimile videtur æqualitatem armorum non desiderari, & posse quem, si in periculo existat, quibuscunque armis se defendere, *l.* 25. §. 1. *ff. de t. l.* 3. *Cod. eod. Schamb. hic & Zoes. loc. cit. n.* 33. & 34.

Q. An insultans fugere teneatur? si cum Canonistis, aut aliis strictioris conscientiæ Authoribus sentire velis, certum est, multos non infimæ notæ viros esse, qui ad fugam obligant, eò quòd tunc demum defensio locum habeat, & moderamen inculpatæ tutulæ servari dicatur, si aliter vitæ & corporis periculum evitari non potest, ergò. 27

Non *obstat*, fugam turpem esse, & nobili animo indignam, quoniam levior censenda est hæc turpitudo, (ut ajunt) quàm etiam minimo peccato conscientiam onerare. Huc inclinat *Harp. num.* 121. *& plures alii, ab ipso allegati.*

Hæc *Sententia*, ut secura, & in foro animæ tuta videatur; cùm tamen fuga tur-

turpis sit, & propter lapsum periculosa, puto, rectè defendi, quòd is, qui maluit resistere, quam fugere, puniri non debeat. *Gail. loc. cit. n.* 21. *Engel. de Homicid. n.* 15. *Manz.* §. 2. *inst. ad leg. Aquil. n.* 10. *Gomez. var. resol. tom.* 3. *cap.* 3. *n.* 23.

Cæterùm non solùm non ipsos, sed etiam alios, sive sanguine, sive affinitate junctos, sive prorsus extraneos rectè defendimus, ita, ut ob mortem aggressori, cum moderamine inculpatæ tutelæ illatam, puniri non debeamus, *l.* 1. §. 4. *ff. ad leg. Cornel. de sicar. cap. sicut dignum* §. *illi etiam* ⋈ *de homicid.* ubi, *scriptum enim est*, inquit Pontifex, *qui potuit hominem liberare à morte, & non liberavit, eum occidit. Gomez. loc. cit. n.* 21. *Engel. n.* 18.

28 Dubitatur: an non tantùm pro defensione corporis, sed etiam rerum, & bonorum liceat raptorem occidere? Certum est, si defensio sit mixta rei, & personæ, h. e. si raptor non tantùm in bona, sed etiam in personam, quid moliri præsumat, quòd occisio impunè abeat, *cap.* 2. ⋈ *de homicid.* Unde furem nocturnum impunè licèt occidere, si absque periculo capi, aut expelli nequeat; dignosci enim facilè non potest, an ad furandum, vel occidendum venerit, *l.* 4. *ff. ad l. Aquil. cap.* 3. ⋈ *d. t. Schamb.* §. 2. *Inst. d. t.* Quòd si verò personæ nullum periculum immineat, putà, si fur cum meo equo aut sarcina jam aufugiat, ita tamen ut sclopeto adhuc insequi possem, tutiorem puto sententiam esse, non licitam esse occisionem, *arg. d. cap.* 2. ubi dicitur illud homicidium impunè esse, quod aliquis committi se & sua liberando, adeòque si defensio sit mixta rei & personæ. *Ita Fach. l.* 1. *c.* 31. Interim si res essent valde pretiosæ, & earum ablatio paupertatem causaret, neque aliter per judicem vel aliud remedium recuperari possent, non video, quæ lex aut quæ ratio in occidentem pœnam dictaret, eò quod res & bona *secundus sanguis* & *vita hominis* dicantur, *l.* 41. *Cod. de advocat. divers. Jud.* Accedit, quòd universali omnium Rerumpubl. consuetudine & recuperatione rerum bella suscipiantur, licèt, nescio, quot millia hominum mactentur. *Engel. loc. cit. num.* 21. *Zoes. l. cit. n.* 50.

Idem, quod de defensione rerum suarum diximus, dicendum existimo de defensione famæ & honoris sui; bona enim fama thesaurus hominis est inæstimabilis, *l.* 6. §. 1. *& ult. Cod. de postul. c.* 14. ⋈ *de accusat.* & sicut sol, corpus illustrat, ita & bona fama. Et quilibet tenetur honorem suum tueri & conservare, omnique lucro præferre, *l.* 27. *ff. si quis omiss. caus. testam.* Item vita & fama pari passu ambulant, *l.* 1. §. 9. *ff. de bon. poss. contra tabul.* hinc crudelis dicitur, qui famam suam negligit, *can.* 10. *caus.* 12. *q.* 1. mala enim fama nobilem degenerat, fidem minuit, existimationem vulnerat, affectum perimit, honores tollit, conservandi animum alii adimit, & sequitur hominem, ut lepra leprosum. *Vide Harp. n.* 163. *Zoes. ff. loc. cit. n.* 45.

Quid si quis confiteatur se alterum occidisse, dicat tamen id contigisse ad sui vel suarum rerum defensionem? ℞. Cùm regula Juris sit, quod omne maleficium præsumatur malo animo factum, *cap.* 1. ⋈ *de præsumpt.* ideò necessariam defensionem a Reo probandam esse, præsumptio enim Juris rejicit onus probandi in adversarium, *Gail. l.* 1. *c.* 61. *de Pace Publ. Zoes. loc. cit. n.* 12. 29

Homicidium causale est, quod præter intentionem, scopum & voluntatem interficientis committitur, *l.* 1. *l.* 5. *Cod. ad leg. Cornel. de sicar.* Hoc iterum vel *cum culpa* vel *sine culpa* committitur: Si sine culpa, non imputatur occidenti, & merè 30

causale dicitur, adeòque nec ponit noxam & nec à prudentissimo prævideri potest, *l. 6. Cod. de pignor. act.* Hinc venator sagitta in feram directa fortè hominem intervenientem transfodiens, est extra pœnam. Si cum culpa, ut si quis ex arbore ramum dejiciat, & transeuntem occidat, vel ex domo, turri vel fenestra lapidem projiciat, vel insidens currenti equo transeuntem occidat, nec acclamando occisionem prævidet, licèt pœna mortis non afficiatur, Judicis tamen arbitrio extraordinariè pro qualitate excessus puniri potest. *Gomez. n. 16.*

Ad ℣. Eadem Lege.

31 Venefici quoque hac lege Cornelia capite puniuntur, si alicui mortem vel veneno vel arte Magica intulerint, plus enim est, hominem veneno, quam gladio interimere, *l. 1. Cod. de Malefic.* Per constitutionem Carolinam alia pœna in venenarios constituta est; videl. ut si masculus sit, rota plectatur. Si verò fœmina, aquis suffocetur. *Manz. Inst. hic.*

§. Alia Deinde Lex 6.

32 Quarta publici Judicii species est parricidium, de quo crimine Solon, ex 7. Græciæ sapientibus unus & Athenienfium legislator celeberrimus legem non tulit, eo quod non speraverit, tantæ immanitatis quemque fore, qui tam fædum & horrendum facinus commissurus esset. Imo & ipse Seneca affirmat, summa prudentia præditos viros noluisse de parricidio pœnam constituere, ne vindicando ostenderent tale quid fieri posse. Parricidium dicitur quasi parenticidium, & tunc propriè committitur, quando quis parentis sui fatas præparaverit.

Pœna hujus delicti (ut veteres pœnas sileam) nova hæc est, ut parricida virgis sanguineis cæsus, culeo sive sacco coriaceo, cum cane, Gallo gallinaceo, vipera & simia insuetur, & in mare vicinum vel in flumen projiciatur. Si verò mare vicinum non sit, nec flumen, tunc bestiis objiciatur, Ita sancit, *l. un. Cod. de his, qui parent. vel lib. occid.* Ratio autem, cur ista animalia simul includi debeant, à variis varia assignatur, *Manz. hic,* unam generalem assignat; quia videlicet hæc animalia, vel parentes suos necant, vel cum iis dimicant. *Harp. n. 21.* De vipera hanc rationem reddit. I. Quod illa simili sit delicto obnoxia, cum & ipsa exeso parentis utero proruperit in lucem, parentemque occiderit. II. Quòd ea maximum semper homini terrorem incutiat, juxta illud Horatii, *cane pejus, & angue.* De cane hæc esse ratio potest; quia est fidelissimum homini animal teste Plinio, *l. 8. c. 40.* Idcirco ad arguendam parricidæ infidelitatem, constitutum est, ut canis cum ipso in culeum mitteretur: contraria enim juxta se posita magis elucescunt. Alii hanc rationem dant, quod canis fame rabida percitus, parricidæ corpore & cadavere pascatur. De simia hæc potest reddi ratio, quod simiæ sint similes hominibus, interim deformes, sicut parricidæ, qui præter humanam similitudinem nihil habeant hominis, & sub figura hominum immanitatem belluarum gerant. De Gallo gallinaceo dic hanc rationem, ut per cantum Galli publicetur delictum parricidæ, vel ut reus à somno captando impediatur. Hæc pœna non illo duntaxat casu locum habet, quando Filii occidunt parentes, sed etiam, si parentes filios suos interimunt, *d. l. un.* Et quamvis antiquitus pater impune potuerit occidere filium, quia propter patriam potestatem Jus vitæ, & necis habuit, tamen quia patria potestas in pietate, & non in atrocitate consistere debet, *l. 5. ff. ad leg. Pomp.* id per *d. l. un.* im-

immutatum est. Hodie pœna culei, tanquam nimis barbara ac nimiam redolens severitatem, locum non amplius habet; sed parricidæ ignitis forcipibus lacerantur, & gladio feriuntur, aut rotæ inflectuntur, secundum cujusque regionis consuetudinem. *Harp. n.* 30. *Manz. num.* 21.

§. Item Lex Cornelia 7.

33 Quinta Judicii publici species est crimen falsi, quod ex lege Cornelia, à L. Cornelio Sylla dictatore lata est, castigatur. Alio nomine vocatur lex testamentaria, quoniam de testamentis falsis plerumque lata est. *Harp. n.* 1. *hic.* Postea autem etiam ad alia genera falsi extensa est. Est autem falsum: actus dolosus, veritatis immutandæ gratia ad alterum decipiendum factus, vel, ut brevius loquar, est dolosa veritatis immutatio.

34 Committitur falsum I. *dicto* v. g. in teste, qui falsum testimonium dicit, vel verum supprimit dolo malo, *c.* 1. *X de crim. falsi.* Item si Judex pecunia corruptus vel alias dolo malo, legibus & constitutionibus contrariam sententiam tulerit, *l.* 1. §. 3. *ff. ad leg. Corn. de fals.* Illud tanquam singulare observa: Quod etiam ille testis ordinaria pœna falsi puniatur; qui pecuniam accepit, ne diceret contra aliquem testimonium, *l.* 1. *Sed & si quis* 2. *ff. d. t.* licet enim talis veritatem non immutet, adeoque proprie falsum non committat, non est tamen infrequens, ut quis pœna in aliquod crimen statuta afficiatur, licet illud crimen propriè non commiserit. Sic adulterium in nonnullis locis pœna gladii afficitur, licet eadem pœna homicidium puniatur. *Harp. n.* 13. & 14. Item & is pœnam falsi incurrit, qui testimonii dicendi gratia accepit pecuniam, & verum etiam testimonium dixit, *d. l.* 1. §. 2. Ubi distinctè asseritur, eum, qui pecuniam accepit ob dicendum testimonium, pœnæ legis Corneliæ de falsis affici, estque ratio, quod testificatio libera esse debeat, non adstricta ad nummos, aut emendicato pretio, venale enim testimonium non est veritatis testimonium, *can. nolite timere* 48. *caus.* 11. *q.* 3. *Harp. d. lo.* & *Hunn. vol.* 2. *d.* 32. *th.* 8. *q.* 70.

II. Committitur falsum *facto*, si quis nummos aureos, vel argenteos adulteraverit, raserit, corruperit, vitiaverit, tinxerit, finxerit, conflaverit, vel quoquo modo falsam monetam percusserit, *l.* 8. *l.* 19. *ff. ad leg. Cornel. de fals. Schamb. hic.*

III. Committitur falsum *abusu*, si 35
quis pondera aut mensuras publice probatas corrumpet, vel si quis utatur adulterinis mensuris, ulnis, ponderibus, stateris &c. Et hæc falsitas mitius punitur, nempe duplo, ac relegatione sive exilio, *l. pen.* §. 1. *ff. d. t.* Insuper abusu falsum committitur, si quis se pro Comite, nobili, Doctore, Notario, cum non sit, gerat, alterive noceat. *Harp. num.* 45.

IV. Committitur falsum *scripto* seu *litteris*, puta, si quis testimonium vel aliud instrumentum falsum scribat, signet, recitet, celet, subjiciat, *l.* 1. §. 4. *l.* 4. *l.* 23. *ff. d. t.* sane lex Cornelia de lapsis latius patet, quam ut exemplis concludi possit; ex dictis tamen facile poteris conjicere, quando committatur, videlicet, si veritas dolo & in alterius damnum supprimitur.

Pœna falsi est deportatio & omnium bonorum publicatio in liberis: In servis ultimum supplicium, *text. hic.* Verum enim vero pro qualitate admissi intenditur pœna falsi, aut remittitur, ita ut pœna hujus delicti hodie cœperit esse arbitria. *Manz. numer.* 5.

Sextum judicium publicum eſt legis
36 Juliæ de vi, de qua diximus *in §. recuperandæ ſup. de interdict.* Continet hæc lex tria capita, puta vim publicam, vim privatam & Raptum.

Vis publica, quidquid alii in contrarium ſentiant, meo Judicio tunc fieri dicitur, quando quis alterum armis invadit. Pœna violentiæ publicæ ordinaria in hominibus liberis eſt deportatio, ſubinde etiam pro atrocitate delicti pœna capitalis. *Schamb. n. 3. Gail. lib. 1. cap. 7. de Pace pub.*

Vis privata committi dicitur, quando quis ſine armis quemquam invadit. Ratio, quare privata dicatur, eſt; quia fit à perſona privata contra perſonam privatam ſine violatione Juris publici; juri autem publico ſive Reipubl. tunc dicitur vis inferri, quando quis arma ſumit ad invadendum alios, intereſt enim Reipubl. arma non moveri, Pœna violentiæ privatæ eſt Publicatio tertiæ partis bonorum cum infamia, *text. hic. & in l. 1. ff. ad leg. Jul. de vi privata.*

Raptus tunc dicitur committi, quando quis honeſtam Virginem vel viduam, vel etiam Monialem invitis illis, in quorum poteſtate eſt, abducit. Et in hoc diſtinguitur rapina à raptu, quod rapina dicatur bonorum, raptus eſt hæc, ut & raptor, & is, qui ad hoc delictum opem dedit, capite puniantur. *Manz. n. 10.*

§. Item lex Julia peculatus. 9.

Septimum Judicium publicum eſt
38 lex Julia de peculatu, dicitur autem peculatus tunc committi, quando quis pecuniam publicam vel rem ſacram vel religioſam furatus eſt, publica autem pecunia hic ea ſola habeatur, quæ ad Rempubl. ſive urbem Romanam vel ad Cæſarem pertinet, *l. 15. ff. de V. S.* Proinde ſi quis civitati inferiori vel municipio pecuniam ſurripuerit, non peculatus ſed furti crimen admiſiſſe cenſendus erit, *l. ob pecuniam 18. ff. de furt.*

Dices: Si quis rem ſacram furtò ſubducat, ſacrilegium commiſiſſe dicitur; ergò male dicitur, peculatum feciſſe, ℟. Etiam ſacrilegium furtò commiſſum ſub nomine peculatus contineri. Illud tamen notandum, ſacrilegium non tantum furto rei ſacræ committi, ſed etiam aliis factis, putà contemptu Dei & Principis, &c. *Harp. numer. 4.*

Pœna peculatus eſt deportatio, *l. 4. ff. ad l. Jul. peculat.* Judices autem ſive Magiſtratus, qui tempore adminiſtrationis publicæ pecunias ſubtraxerunt ut & illi qui miniſterium eis præſtiterunt, vel qui ſubtractas ab his ſcienter ſuſceperunt, capite puniuntur, *text. hic.* Pœna ſacrilegii eſt extraordinaria, pro qualitate enim delicti, vel vivi exuruntur, vel furcis ſuſpenduntur, vel perpetuo exilio mulctantur. *Schamb. hic.*

a. Est et Inter. 10,

Octavum judicium publicum eſt le- 39
gis Flaviæ de plagiariis. Plagiarii autem dicuntur, qui doloſe liberos homines, aut ſervos alienos intercipiunt, ſupprimunt, vendunt, aut ad fugam ſollicitant, Pœna hujus criminis hodie arbi-

arbitraria, quandoque capitalis, quandoque non capitalis, quandoque pecuniaria: *Manz. n. 3. hic.*

§. Sunt Praeterea ii. Et Ult.

40 IV. Adhuc recensentur crimina in hoc §. quæ omnia ex lege Julia descendunt, nimirum: crimen *ambitus*, crimen *repetundarum*, crimen *fraudatæ annonæ*, & crimen *residui*. Itaque *Nonum* judicium publicum est legis Juliæ de ambitu; quâ tenentur illi, qui illicito modo. v. g. data pecunia honorem seu Magistratum ambiunt. Coercentur nundinatores honorum quandoque pœnâ centum aureorum cum infamia, quandoque deportatione, *l. 1. §. ff. de leg. Jul. ambit. l. un. Cod. eod.* Hodie ista Lex Julia de ambitu ferè ubique cessat, cum creatio officiorum Principi attributa sit, Princeps autem legibus non adstringitur. Habuit autem ista lex Julia tum locum, ubi jus Magistratus creandi fuit apud populum; ut proinde adhuc in Helvetia locum habere videatur.

41 *Decimum* judicium publicum est legis Juliæ repetundarum, quâ tenentur illi, qui in officio publico vel in administratione Magistratus pecunias aut munera acceperunt, quò magis vel quò minus officium suum facerent, *l. 4. ff. ad l. jul. repetund.* Reus hujus criminis morte, exilio, verberibus, confiscatione, & pro modo improbitatis punitur, *l. 7. §. ult. ff. ad l. jul. repet.* Nullum igitur donum, nullum munus accipere licet Magistratui pro executione officii sui. Excipiuntur esculenta & poculenta, venia quotidiani victus causa oblata, *l. 6. §. 3. ff. de off. proconf. l. 18. ff. de off. præsid. Hum. vol. post. disp. 32. th. ult.*

Undecimum judicium publicum est 42 legis juliæ de annona, quâ tenentur illi, qui annonam flagellarunt, vexarunt, defraudarunt, hoc est, qui aliquid fecerunt, ut annona carior fieret, *l. 2. ff. ad l. ul. de ann.* tales annonæ flagellatores vocantur dardanarii, Pantopolæ, seplasiarii, *Schamb. hic.* Annonæ autem nomine veniunt omnia, quæ ad victum hominum pertinent, puta, *frumentum, panis, vinum, oleum, sal, acetum, lardum, carnes, &c. l. 1. Cod. de erogat. milit. ann. l. 2. Cod. d. t.* Pœna hujus delicti est arbitraria: nam pro qualitate delicti est pecuniaria, putà 20. Aureorum *l. 2. ff. d. t.* modò relegatio, *l. annonam ff. de extraord. crimin.*

Duodecimum Judicium publicum 43 est legis Juliæ de residuis, quâ tenetur is, qui pecuniam publicam sibi in usum aliquem tributam retinuit, nec in eum usum consumpsit. Pœna delicti hujus est, quòd convictus tertia parte ampliùs, quam retinuit, præstare jubeatur, *l. 4. §. 5. ad l. Jul. Peculat.* Satis de Judiciis publicis. Imò non satis, copiosior enim est hæc materia quàm ut paucis pagellis comprehendi possit; Imperatorem tamen secutus breviter de hac materia dixi, quæ Tyroni Juris scitu necessaria; plura dicere, contra Instituti rationem duxi. Si tamen, quæ dixi, desiderium tuum non expleant, vastissimo Pandectarum, ac Constitutionum criminalium oceano innaviga: ubi

ubi classem aspectu terribilem, ac criminibus. & pœnis refertissimam inveniens.

Tibi vero, magne DEUS, à quo delabitur omnis Scientiæ, & Justitiæ decor, tibi *(inquam)* cujus est opus, quòd Reges regnent, & Justa decernant, & tuæ *Matri* illibatæ gratias immortales ago pro absoluto feliciter *Institutionum Commentario*, in quo si quid ad gloriæ tuæ augmentum scripsi non inutile: id à te acceptum, gratus reddo, & in te infinitum bonitatis pelagus veluti exiguas ingenii stillas, & sudoris mei guttas immergo.

FINIS.

APPENDIX

APPENDIX,

Continens modum legendi, & scribendi Citationes utriusque Juris.

§. I.
DE JURE CANONICO.
SUMMARIA.

Partes Juris Canonici sunt, Decretum Gratiani, & unde sic dictum?
Decretales Gregorii IX.
Liber Sextus Decretalium.
Clementinæ. Extravagantes Joannis XXII. & Extravagantes Communes.
Decretum Gratiani habet tres partes.
Prima pars, quæ, & quomodo citetur?
Secunda pars, ejusque citatio.
Tractatus de Pœnitentia, & quomodo citetur?
Tertia Decreti pars, & quomodo citetur?
Quinque Libri Decretalium, & quomodo citeutur?
Sextus Decretalium, & Clementinæ, ac quomodo dividantur, & citentur?
Extravagantes Joannis XXII. quæ, & quomodo citentur?
Extravagantes Communes, earumque citatio.
Dicti modi citandi quandoque variantur.

Corpus totius Juris Canonici plures; ac universim sex continet partes I. *Decretum Gratiani*, sic dictum, quod à Gratiano Monacho S. Felicis, Ordinis S. Benedicti (ut notatur in Monitione ad Lectorem Decreto præfixa) ut diversis tum Summorum Pontificum, tum Sanctorum Patrum, atque Conciliorum dictis, decenti ordine in unum volumen, circa annum Domini 1151. sit compilatum.

II. *Decretales Gregorii PP. IX.* sic dictas, quia Gregorius Papa Nonus varias Constitutiones, seu Decretales Epistolas suorum Prædecessorum, per S. Raymundum de Penyafort; Ord. FF. Prædicatorum (cujus Festum nunc celebratur die 23. Januarii) in unum volumen colligendas curavit, quibus idem Pontifex multas Constitutiones suas, ac Decretales Epistolas adjecit. III. In Corpore Juris Canonici continetur *Liber Sextus Decretalium*, sic dictus, quod ipse authoritate Bonifacii Papæ VIII. compilatus, aliis quinque Decretalium Gregorii Noni Libris sit annexus, ac respectu eorum Sexti Decretalium Libri locum occupet, quamvis, & ipse in quinque libros sit divisus *IV. Clementinæ* (intellige, *Constitutiones*) sic dictæ, quod à Clemente V. sint æditæ V. *Extravagantes* (intellige, *Constitutiones*) *Joannis XXII.* sic dictæ, quia *extravagantur*, seu vagantur extra sex Libros Decretalium; ob quam rationem etiam *Clementinæ* quandoque dicuntur *Extravagantes*. Additur autem, *Joannis XXII.* eo quod sint editæ à Joanne Papa XXII. simulque ad differentiam aliarum Extravagantium. Sextum, ac ultimum locum in Jure Canonico, obtinent *Extravagantes communes*: sic dictæ, quod à diversis Romanis Pontificibus post *Sextum* emanaverint. Ex his

Decretum Gratiani (quod in plerisque vetustis exemplaribus *Concordia Discordantium Canonum* inscribitur) in tres dividitur partes, quarum quælibet habet diversam rationem citandi suos textus. Prima pars continet centum, & unam *Distinctiones*; & textus in hac prima Decreti parte contenti, citantur ponendo numerum Distinctionis, & initium Cano-

Canonis, five (ut alii loquuntur) Capituli, v. g. taliter: *dist.* 16. *Placuit*. Lege: *Ut habetur Distinctione decima sexta, Canone, qui incipit, Placuit*. Vel brevius, cæteris subintellectis: *Distinctione decima sexta, Canone, Placuit*. Aut sic: *c. Indicatum, dist.* 89. Lege: *canone, Indicatum, distinctione* 89.

Altera pars *Decreti* continet triginta sex *Causas*, quarum ferme quælibet continet Quæstiones, & quælibet Qæstio plures Canones. Modus citandi textus, in hac secunda Decreti parte contentos, talis est, ut exprimatur numerus Causæ sine ullo addito (nonnulli Recentiores addunt ly *caus.* majoris claritatis gratia) deinde numerus Quæstionis, & tandem initium Canonis (nisi talis textus habeatur in Tractatu de Pœnitentia) taliter: 9. *q.* 3. *Conquestus est*. Lege: *Ut habetur causa nona, quæstione Tertia, Canone, qui incipit: Conquestus est*. Aut sic, & quidem melius ac magis usitate; *c. Si homicidium*, 23. *qu.* 5. Lege: *Canone, Si homicidium. Causa vigesima tertia. Quæst.* 5.

Additur notanter, *nisi talis textus habeatur in Tractatu de Pænitentia*. Siquidem causa trigesima tertia, Quæstione tertia inseritur *Tractatus de Pænitentia*, quia continet in se septem Distinctiones, quæ postmodum dividuntur per Canones. Porro textus in hoc Tractatu de Pœnitentia contenti solent sic citari, ut omisso numero Causæ trigesimæ tertiæ, ponatur numerus Distinctionis de Pœnitentia (& nota, semper addi ly *De pænit.* ad differentiam primæ, & tertiæ partis Decreti, quarum quælibet etiam constat Distinctionibus). Deinde addatur initium Canonis, vel saltem numerus ipsius, taliter: *de Pœnit. dist.* 3. *In tantum*. Lege, *ut habetur de Pænitentia. Distinctione tertia Canone, qui incipit, in tantum*. Vel sic: *de pœn. dist.* 3. *can.* 33. Lege: *de pænitentia, Distinctione tertia. Canone trigesimo tertio*.

Tertia pars *Decreti* intitulatur *De Consecratione*: & dividitur in quinque *Distinctiones*, & hæ rursum in Canones. Modus citandi textus in ipsa contentos talis est, ut primo ponatur ly *de conseq.* ad differentiam primæ, & secundæ partis Decreti: deinde ponatur numerus Distinctionis, & tandem initium Canonis. Exemplum sit: *de conf.* 1. *Nocte sancta*. Lege: *De consecratione. Distinctione prima, Canone, cujus initium est, Nocte sancta*. Vel sic: *c. Solet etiam, de consecratione Distinctione quarta*. Sive enim prius ponatur initium Canonis, & postea primum numerus Distinctionis, sive contra, nihil refert.

Decretales Gregorii Papæ Noni continent quinque Libros, qui dividuntur ulterius in Titulos, Tituli vero in Capitula. Modus citandi textus in iis repertos talis est, ut primo ponatur initium Capituli, deinde Titulus hoc modo: *c. Damnamus. De Summa Trinit*. Lege: *cap. quod incipit: Damnamus, titulo: De Summa Trinitate*. Quandoque primo loco ponitur Titulus, & postea initium Capituli, sed est idem, v. g. *de sent. excomm. Nuper*. Lege: *Titulo de Sententia excommunicationis, capitulo, Nuper*. Sed prior citandi modus de facto magis est usitatus. Quandoque etiam præter inscriptionem Tituli, ac initium Capituli solet apponi ly *extra*, aut ly X. v. g. taliter: *prout habetur extra, de restitut. spoliat. Cum venissent*. Vel sic: *c. Publicato X. de electione*. Sed idem est, ac prius: nam sive apponatur ly *extra*, aut signum X. (quod interdum apponitur ad significandum, hujusmodi textus haberi *Extra*, id est, *Extra decretum Gratiani*) sive non apponatur, ac fiat citatio solius Tituli, atque initii Capituli, & nulla alia particula addatur; signum erit, textum illum haberi in quinque Libris Decretalium. Unde ex citationibus supra allegatis,

tis, prior sic erit legenda: *prout habetur extra* (subintellige, *Extra Decretum Gratiani*) *Tit. De restitutione spoliatorum, capitulo Cum venissent.* Altera vera sic legitur: *capit. Publicato. extra. Titulo. De electione.*

Sextus Liber Decretalium dividitur in quinque Libros partiales (ac idem dic *De Clementinis*, quæ itidem in quinque Libros dividuntur) Libri vero subdividuntur in Titulos, & Tituli in Capitula. Citantur autem tum *Textus Decretalium*, tum *Clementinæ* Constitutiones, nulla facta mentione Libri, per Titulos, ac initia Capitulorum, eo modo, quo quinque Libri Decretalium: hoc solum cum discrimine, quòd in citatione Sexti Decretalium addatur ly *in 6.* taliter v. g. *Cum quis de sepult. in 6.* Vel sic: *c. Cum quidam, de excep. lib. 6.* Lege sic: *cap. Cum quis, Titulo de Sepulturis, in 6.* Item: *capit. Cum quidem. Tit. de Exceptionibus, libro sexto Decretalium.* In citatione vero *Clementinarum* apponitur ly. *in Clem.* vel absolute ly *Clem.* v. g. hoc modo: *c. Sicut, de Appellat. in Clem.* Lege; *cap. quod incipit, Sicut, Titulo de Appellationibus, in Clementinis.* Vel sic: *c. Plures. Clem. de jure patr.* Lege: *cap. Plures, in Clement. Tit. de Jure patronatus.* Communius vero, simulque brevius, absolute ponitur ly *Clem.* una cum initio, vel numero Capituli, & citatione Tituli: v. g. taliter: *Clem. un. de Rerum permutat.* vel *Clem. Quamvis rigor, de appellat.* Lege: *ut habetur in Clementina unica* (sic dicitur, quia Titulus ille habet unicum Capitulum) *Titulo de Rerum permutatione.* Vel, *in Clementina quæ incipit: Quamvis rigor. Titulo, de Appellationibus.* Interdum etiam simpliciter ponitur ly *Clem.* una cum initio Capituli, sine mentione Tituli, quod præcipue fit, quando illud Capitulum est notius, v. g. taliter: *Clem. Exivi.* Lege: *ut habetur in Clementina, quæ incipit: Exivi.* Imo cum Constitutiones Clementis V. quandoque appellentur. *Extravagantes*, eo quod existant. & quasi *vagentur extra* sex Libros Decretalium, solent ipsæ nonnunquam citari ad modum aliarum Extravagantium, taliter: *Ita Clemens V. in Extravag. Exivi.* Lege: *Ita Clemens V. in Extravaganti, quæ incipit: Exivi.*

Extravagantes Joannis XXII. continent viginti Constitutiones, seu Epistolas Decretales, in quatuordecim Titulos distributas: & solent citari, ponendo nomen Papæ, nempe *Joannis XXII.* ad differentiam Extravagantium Communium, & citando initium Constitutionis, una cum addito ly *Extravag.* vel, *Extrav.* Taliter v. g. *ut inquit Joan. 22. Extrav. Quia quorumdam.* Lege: *Ut inquit Joannes XXII. in Extravaganti, quæ incipit: Quia quorumdam.* Vel sic: *Extravag. Execrabilis. Joan. 22.* Lege: *in Extravaganti Joannis XXII. quæ incipit: Execrabilis.*

Extravagantes Communes dividuntur in quinque Libros, Libri in Titulos, Tituli in Capitula, quorum singula novam, & distinctam continent constitutionem, vel Constitutiones, seu Extravagantes. Textus ex hisce Extravagantibus Communibus citantur eo modo, quo textus Decretalium: videlicet faciendo citationem Tituli, & ponendo initium Capituli, seu Extravagantis, addendo tamen ly *Extravag.* vel *Extrav.* Taliter: *Extravag. Unigenitus, de Pœnit. & remiss.* Lege: *in Extravaganti, quæ incipit: Unigenitus. Titulo, de Pœnitentiis & remissionibus.*

Fatendum tamen, hactenus explicatos modos citandi Jus Canonicum quandoque nonnihil immutari; ita tamen id accedit, ut ex dictis facile possint ejusmodi citationes intelligi.

§. II.

DE JURE CIVILI.

SUMMARIUM.

Corpus Juris Civilis, quas partes habeat.

Signa generalia citationum, usitatarum.
Divisio generalis partium Juris Civilis.
Digestum ejusque partes.
Et qua ratione citetur?
Codex, ejusque divisio: & modus citandi.
Quid de tribus postremis Libris Codicis?
Novellæ, seu Authenticæ Constitutiones, quomodo dividantur, & citentur?
Quid de Libris Feudorum?
Institutiones qua ratione citentur?

Totum *Corpus Juris Civilis* plures in se continet partes, videlicet *Digestum* seu *Pandectas*, *Codicem*, & *Institutiones* Justiniani: quibus accesserunt *Authenticæ*, seu *Novellæ* Constitutiones; nec non, & Libri Feudorum. Nam de Legibus, Longobardorum, ac Imperatoriis Constitutionibus. & nonnullis aliis, quorum notitia est minus necessaria, non est opus hic aliquid dicere, cum eorum citatio vix occurrat. Circa quod

Notandum I. Quod præfatæ Juris Civilis partes propria habeant signa distinctiva, suis citationibus apponi solita. Et quidem duplex ff. (aliqui utuntur Græco, π. vel littera D.) significat *Digestum*, seu Libros *Pandectarum*. Deinde majuscula littera C. *Codicem*: & ly *Instit.* denotat *Institutiones*. Rursus ly *Auth.* seu *Authent.* significat *Authenticas*, & ly *Novell. Novellas* (subintellige, Constitutiones) Ac tandem ly *Feud.* Libros *Feudorum*. Porro *L.* vel *l.* significat Legem, *tit.* Titulum §. Paragraphum c. supra *i.* infra. Et ly *eod.* idem est ac *eodem Titulo*, hoc est, proxime citato.

Notandum II. Quod, sicut pleræque partes Juris Canonici dividuntur in Libros, Libri in Titulos, & Tituli in Capitula: ita & pleræque partes Juris Civilis dividantur in Libros, Libri in Titulos, Tituli vero non in Capitula, sed in Leges, ac postmodum nonnullæ Leges in Paragraphos. Unde in citandis textibus Juris civilis idem ferme servatur modus citandi qui in Decretalibus, excepto, quod loco Capituli ponatur initium Legis (addito quandoque, si Lex est longior, initio Paragraphi, aut ejusdem numero) & simul addatur proprium signum distinctivum videlicet ly *ff.* (vel Græcum. π. aut D.) ad denotandum Digestum: vel ly C. ad indicandum Codicem: aut ly *Instit.* vel *Inst.* ad insinuandas Institutiones Justiniani: sive ly *Auth. Novell. Feud.* ad ostendendum, ejusmodi textum haberi in Authenticis, seu Novellis Constitutionibus, aut Libris Feudorum.

Digestum, quod alio nomine appellatur *Pandecta*, seu *Libri Pandectarum*, continet in se quinquaginta Libros, qui omnes dividi solent in tres Tomos. Primus appellatur *Digestum vetus*, & continet priores viginti quatuor Libros. Secundus dicitur *Infortiatum*, & continet sequentes quatuordecim Libros usque ad trigesimum octavum inclusive. Tertius tandem, ac ultimus Tomus, vocatur *Digestum novum*, & continet reliquos duodecim Libros: quamvis recentiores quædam Editiones non amplius observent hanc divisionem, sed totum Digestum in unicum Tomum constringant; quod tamen nihil refert. Porro Libri isti Pandectarum ulterius dividuntur in Titulos, Tituli in Leges, & Leges nonnunquam in Paragraphos. Et textus ex iis sic citari solent, ut primo ponatur Lex (id est, initium, aut saltem numerus ipsius) deinde, si Lex forsan longior est, addatur Paragraphus. postea duplex *ff.* (vel saltem Græcum π. aut littera D.) & tandem scribatur Titulus, v. g. taliter: *l. Si quis vi.* §. *differentia, ff. de Acquir. possess.* Lege: *ut habetur Lege, quæ incipit, Si quis vi. Paragrapho, qui incipit, Differentia, in digestis, Titulo, de Acquirenda possessione.* Solet non raro, a præsertim a Glossa, primo loco poni ly ff. deinde subjungi Titulus, & tandem initium Legis, v. g. taliter: *ff.* *de*

de procurat. l. mutus. Id est: *in Digestis. Titulo, de Procuratoribus, l. Mutus.* Sed prior modus citandi de facto est usitatior.

Codex Justiniani habet Libros duodecim, qui postmodum dividuntur in Titulos, Tituli in Leges, & Leges longiores in Paragraphos. In primis novem Codicis Libris (qui simul conjungi, & compingi solent) est eadem citationum scribendarum, & legendarum ratio, quæ in Digestis; nisi quod loco duplicis *ff.* pro C. signo distinctivo ponatur C. majusculum; v. g. taliter: *l. in testamento. C. de testam.* id est: *Lege. quæ incipit: In testamento. Codic. Titulo, de Testamentis.* Vel sic: *l.un.§. ex hoc. C. de Rei uxor. act.* Id est: *Lege unica. Paragrapho, Ex hoc, in Codice, Titulo, De Rei uxoriæ actione.* Ubi ly *l.un* Ideo ponitur, quia citatus Titulus non nisi unicam Legem habet: Aliud exemplum sit hoc: *de fidejuss. C. l. fin.* Id est: *titulo, de Fidejussoribus, in Codice: Lege finali.* Quæ Lex ideo sic dicitur, quia est Lex finalis, sive ultima citati Tituli; siquidem ly *fin.* significat Legem, seu Capitulum ultimum, sive finale cujusdam Tituli. Multi tamen ly *fin.* applicant Paragraphis tantum; atque Capitulum, seu Legem ultimam Titulorum, denotant per ly *cap.ult.* aut *l. ult.* sed parum refert.

Porro in tribus postremis Libris Codicis, videlicet decimo, undecimo, & duodecimo, qui separatim à prioribus novem Libris collocantur, exprimitur etiam numerus Libri, v. g. *l. omnes profugi, C. de agricolis. lib.* 11. Id est: *Lege, Omnes profugi, in Codice, libro undecimo, Titulo, de Agricolis* Quod si numerus Libri non addatur, quærenda erit citatio in prioribus novem Libris Codicis.

Novellæ, (subintellige, *Constitutiones*, ac alio nomine *Authenticæ* dicuntur) constant novem Authenticis Collationibus, quibus recens decima est adjecta: ex iis quælibet Collatio in plures Titulos, seu Novellas dividitur; ex Novellis vero quædam subdividuntur in plura Capitula. In earum citationibus hæc tenetur ratio, ut primo scribatur initium Capituli (si tamen aliquod habet) deinde numerus Novellæ, tum Titulus ejus, & tandem numerus Collationis, v. g. taliter: *c. Sed tamen. Novell.* 129. *de Samar. col.* 9. Lege sic: *capite, quod incipit. Sed tamen Novella* 129. *titulo, De Samaritis. Collatione nona.* Interdum vero Novella scribitur Authentica; & fit citatio, ponendo Titulum; vel potius Rubricam ejus, & initium Paragraphi; v. g. *auth. Ut factæ novæ constit.* §. *Sancimus.* Lege: *in Authentica, cujus titulus est. Ut factæ, novæ Constitutiones &c. Paragrapho. qui incipit, Sancimus*: & tunc in Indice Libri Authent, est quærendum ly *Ut factæ, novæ Constitutiones &c.* sicque allata citatio facile invenietur, nam quando Authentica quædam citatur ex Codice, semper apponitur C. majus.

Libri Feudorum (qui alio nomine *Consuetudines Feudorum* appellantur) sunt duo partiales Libri, qui dividuntur in Titulos, & Tituli in Paragraphos. In Feudorum citationibus ponitur primo signum proprium *Feud.* sive ly *in lib. Feud.* postea Titulus, & tandem Paragraphus, v. g, *in lib. Feud. de probi. feud. alien. per Frid.* §. *calidis insuper.* Lege: *in libris Feudorum, de prohibita Feudi alienatione per Fridericum, Paragrapho qui incipit: Calidis insuper.* Interdum Paragraphus ponitur primo loco: v. g. *Calidis insuper. Feud. alien. per Frid.* Lege ut supra.

Institutiones tandem (intellige, *Justiniani*) dividuntur in quatuor Libros, Libri in Titulos, & Tituli in Paragraphos; non autem in Capitula, vel Leges. Solent autem Institutiones citari, nulla facta mentione libri, taliter: ut primo ponatur initium Paragraphi, in quo textus citandus reperitur, deinde addatur

signum distinctivum, *Inst.* & postmodum subjungatur Titulus, in quo Paragraphus ille continetur, v. g. sic: §. *Fera. inst. de rer. divis.* Legatur sic: *Paragrapho*, *qui incipit*, *Ferae. in Institutionibus. Titulo, de Rerum divisione.*

COROLLARIUM.

Ad discernendas ac reperiendas Citationes utriusque Juris.

SUMMARIUM.

Regula generalis ad discernendas Citationes Juris Civilis;

Et Juris Canonici.

Modus reperiendi Citationes in Jure.

EX hactenus dictis colligitur Regula generalis, quâ possint discerni citationes Juris Civilis à citationibus Textuum Juris Canonici. Siquidem in citationibus Juris Civilis semper exprimitur Volumen, seu pars illius per aliquod signum peculiare, ac distinctivum à caeteris omnibus: nimirum *Codex* per majus *C. Digestum* per duplex *ff.* vel Graecum π. aut saltem per litteram majoris *D. Novellae*, seu *Authenticae* Constitutiones, per ly *Novell.* vel ly *Auth.* Libri *Feudorum* per ly *Feud*, Ac tandem Institutiones per ly *Instit.* sive *Inst.* Unde quotiescunque unum ex supra dictis signis citationi appositum reperitur, indicium certum est, dictam citationem desumi ex Jure Civili, non autem ex Canonico; utpote cum nullum tale signum apponatur citationibus Juris Canonici, ex quanam autem parte Juris Civilis ea citatio sit desumpta, proprium cujuslibet signum demonstrabit.

Porro quomodo citationes partium Juris Canonici ab invicem sint dignoscendae, liquet ex supra dictis. Nam ubicunque apponitur ly *dist.* vel ly *quaest.* aut *q.* signum est, eam citationem desumi ex Decreto Gratiani; utpote cum solum Decretum habeat Distinctiones, & Quaestiones: aliae quippe partes omnes Juris Canonici habent Titulos. Ubicunque autem apponitur Titulus una cum initio, vel numero Capituli, absque alio signo addito (nisi forte addatur ly *Extra*, vel quod idem est, ly X) tunc signum est, citationem illam fieri ex quinque Libris Decretalium. Quando verò praeter Titulum, ac initium Capituli, vel hujus numerum, apponitur aliud quidpiam, ut puta ly *in 6.* vel ly *Clem.* aut *extravag. Joann.* 22. vel absolute *extravag.* tunc citatio illa quaerenda erit juxta diversitatem appositi signi, vel *in Sexto Decretalium*, vel in *Clementinis*, vel in *Extravagantibus Joannis XXII.* vel in *Extravagantibus Communibus.*

Quod si igitur ex praemissis dignoscatur Pars illa Juris Canonici, aut Civilis, in qua Capitulum, seu Lex quaesita continetur, tunc ulterius ad reperiendum determinatum locum, ubi habetur, juvat quaerere initium ejus in Indice Capitulorum, sive Legum, qui cuilibet Parti Juris, vel generatim omnibus (juxta diversitatem Editionum) praefigi solet: atque appositus paginae, vel alius competens numerus, dabit locum quaesiti Capituli, sive Legis. Sic quaesiturus, *c. in Lateranensi, de Praebend.* cum istud ex dictis intelligas reperiri in quinque Libris Decretalium, vide in Indice Capitulorum dictis quinque Libris Decretalium praefixo: & habebis annotatum numerum paginae, in quo Capitulum illud existit. Quod si vero non habeatur appositus numerus paginae (prout in nonnullis Editionibus contingit) illico quaere in Indice Titulorum: sicque reperies, Titulum *De Praebendis*, esse Titulum V. Libri III. Decretalium, quem per singula Capitulorum initia transcurrens, reperies, dictum *c. in Lateranensi*, esse 31. Capitulum illius Tituli: & sic loquendo de aliis: prout amplius ipsa praxis docebit.

INDEX

INDEX
RERUM, ET VERBORUM,
Quæ in his quatuor Libris continentur.

Primus numerus, isque Major Librum, secundus istius Titulum, tertius Tituli numerum denotat.

A

qui

Adulte-

IV.

D

quamdiu

G

H

Illustris

I

Judi-

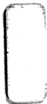
L

M

ratione

quomo-

FINIS.









quomo-

FINIS.



